Pflichten und Befugnisse des Bankiers als Depositar, insbesondere in bezug auf Wertpapiere nach geltendem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

Vorgelegt von

Heinrich Wolff

aus Meschede i. Westf.

ACAD. JURIDIC. BIBL.

Approbiert am 25. Juli 1907.

Berlin

Verlag von R. Trenkel

1908.

04

Referent:

Universitätsprofessor Dr. Sehling.

Seiner lieben Mutter und
seinen lieben Geschwistern
in Dankbarkeit

gewidmet
vom Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die Entwicklung des Bankiergewerbes	3
§ 3.	Die Begriffe Bankier, Verwahrung, Wertpapiere	7
§ 4.	Das Depositum regulare	19
§ 5.	Das Depositum irregulare	28
§ 6.	Die Zwischenstufen zwischen depositum regulare und irregulare	35
§ 7.	Das Sicherheitsdepot	40
§ 8.	Das Tresordepot	42
§ 9.	Besonderes über die Verwahrung von Aktien	50
§ 10.	Der Bankier als Kommissionär bei der Aufbewahrung fremder Wertpapiere	55
§ 11.	Der Eigentumsübergang durch Übersendung des Stückeverzeichnisses	60
§ 12.	Rechtsfolgen der Nichtübersendung des Stückeverzeichnisses und Verzicht auf die Übersendung	63
§ 13.	Der Bankier als Kommissionär beim Umtausch oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechts von vertretbaren Wertpapieren	66
§ 14.	Die Beteiligung mehrerer Bankiers an einem Depotverhältnis	70

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0140

Literatur.

Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite Berlin 1905.

Apt, Das Depotgesetz. 2. Aufl. Berlin 1896.

Bagehot, Lombard Street, a description of the money market. 1873.

Bondi, Die Berufspflichten des Bankiers. Berlin 1897.

Brückner, Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn ein Bankier Tresorfächer gegen Entgelt überläßt? (Zeitschrift „Das Recht", 6. Jahrgang 1902.)

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1900.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Band 2. Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Curtius, Griechische Geschichte. Berlin 1887.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1897.

Derselbe, Lehrbuch zum bürgerlichen Recht. 2. Aufl. 1901.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mannheim 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 7. Aufl. Leipzig 1904.

Hancke, Ist der Safevertrag ein Miets- oder Verwahrungsvertrag? (Deutsche Juristenzeitung, Band V, 1900.)

Heinrici, Die Verträge über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern. (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. 6. Folge. 4. Jahrgang 1900.)

Hübner, Die Banken. Leipzig 1854.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad, Elster, Lexis, Loening. Jena 1902.

Jäger. Die ältesten Banken und der Ursprung des Wechsels. 1879/81.

Koch, Münzgesetzgebung. Berlin 1900.

Kohler, Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 2. Berlin 1889.
Koref, Die verschiedenen Arten von Depots an Wertpapieren juristisch charakterisiert. (Dissert.) Erlangen 1898.
Lehmann-Ring, Commentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1902.
von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 14. und 15. Aufl. Berlin 1905.
Lusensky, Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. 2. Aufl. Berlin 1905.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1901.
Marperger, Beschreibung der Banken. Berlin 1717.
Mommsen, Geschichte des römischen Münzwesens. Berlin 1860.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerl. Gesetzbuch Berlin 1899.
Niemeyer, Depositum irregulare. Diss. Halle 1888.
Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Recht, II Band, Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
von Pechmann, Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. (Diss.) Erlangen 1897.
Planck, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1902.
Riesser, Das Bankdepotgesetz. 2. Aufl. Berlin 1906.
Riesser, Zur Entwicklungsgeschichte der Großbanken. 2. Aufl. Berlin 1906.
Salings, Börsenpapiere. 8. Aufl. Berlin.
von Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Band I. 1892.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. München 1906.
Stenographische Berichte des deutschen Reichstags, 9. Legislaturperiode 1895/97. Anlageband I.
Verschiedene Entscheidungen des Reichs- und Reichsoberhandelsgerichts.
Wagner, Beiträge zur Lehre von den Banken. Leipzig 1857.
Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft. (Diss.) Bern 1903.
Wilutzky, Miete mit doppeltem Verschluss. (Deutsche Juristen-Zeitung. 5. Jahrgang.)
Wulff, Über die verschiedenen Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere. (Diss.) Köln 1899.

§ 1.

Einleitung.

Das Bankdepotgeschäft ist eines der ältesten Geschäfte der Bankiers. Allerdings ist das Depositengeschäft, wie es heute von unseren modernen Banken betrieben wird, wesentlich verschieden von dem Depositum im römisch-rechtlichen Sinne. Während in der ältesten Zeit unter dem Depositum nur eine Deponierung zum Zwecke der Aufbewahrung oder höchstens eine solche zum Zwecke der Zahlungsanweisung verstanden wurde, dient das Bankdepotgeschäft im heutigen kaufmännischen Verkehre vorwiegend zur Sicherheitsleistung und zur Verpfändung; im weitesten Sinne sind daher auch das Lombard- und das Girogeschäft hierher zu rechnen. Aufgabe dieser Abhandlung soll es sein, die Pflichten und Befugnisse des Bankiers bei der Aufbewahrung von Wertpapieren näher darzulegen; wir werden daher den Ausdruck „Depot" in engerem Sinne zu gebrauchen haben, in erster Linie werden wir also darunter Effektendepots zu verstehen haben, nicht auch solche von barem Geld und Banknoten, die im Verkehr in der Regel als Depositen bezeichnet werden.

Bei dem eigentlichen Effektendepot sind vor allem zwei Hauptgruppen von Depots zu unterscheiden, nämlich das offene und das verschlossene Depot. Während bei dem verschlossenen Depot weitere Unterschiede nicht hervorzuheben sind, kommen beim offenen Depot verschiedene Modifikationen vor.

Es ist zu unterscheiden zwischen regulärem und irregulärem Depot. Das streng reguläre, für den Bankverkehr etwas schwerfällige Depot ist ein Geschäft, bei dem der Depositar bestimmte Wertpapiere in Verwahrung nimmt unter der Verpflichtung, die erhaltenen Stücke in specie zu restituieren. Als Unterart von diesem Depot haben sich im Bankverkehr überdies noch zwei weitere Depotarten, das Sammel- und Summendepot, ausgebildet. Obwohl der Bankier auch bei diesen beiden Arten gezwungen ist, reelles Depot zu halten und stets eine den empfangenen Stücken gleiche Anzahl Wertpapiere für seinen Deponenten bereithalten muß, sind dennoch durch die Art und Weise der Aufbewahrung gewisse Erleichterungen für den Verkehr geschaffen.

Dem streng regulären Depot gegenüber steht das irreguläre, wo der Depositar nur zur Rückerstattung in genere verpflichtet ist. Hier liegt im Gegensatz zu den vorerwähnten Depotarten nur ein fiktives Depot vor, daher kann auch von einer dinglichen Sicherheit seitens des Kunden nicht gesprochen werden.

Als Depositar kann uns der Bankier ferner anläßlich eines Pfand- und Kommissionsvertrages entgegentreten, denn in beiden Fällen verpflichtet ihn das Gesetz, Wertpapiere, die er für seine Kunden gekauft hat oder die ihm von diesen zum Verkauf angestellt sind, oder die endlich als Pfand in seinen Besitz gekommen sind, ordnungsmäßig aufzubewahren.

Die neueste Errungenschaft auf dem Gebiete des Depotwesens ist das sogenannte Tresordepot. Hierbei überläßt der Bankier seinem Kunden ein Safefach in seiner Stahlkammer. In dieses Fach, zu dem in der Regel beide Kontrahenten je einen Schlüssel haben, legt der Kunde seine Papiere; es fragt sich, was für eine Vertragsart hier vorliegt, ob Miete oder Verwahrung oder eine Kombination beider.

Auf den Bankier als Depositar kommen die Vorschriften des Gesetzes betreffend „die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896“ zur Anwendung; ergänzend treten hinzu die entsprechenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und die des Handelsgesetzbuches.

Bevor wir näher auf unser eigentliches Thema eingehen, soll eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Bankiergewerbes, mit dem die Geschichte des Depotwesens in engstem Zusammenhange steht, vorangeschickt werden.

§ 2.

Die Entwickelung des Bankiergewerbes.

Die Geschichte des Bankiergewerbes dürfte mit der Einführung des Metalles als allgemeinem Wertmesser einsetzen. Bankwesen ist nur möglich zur Zeit einer Geldwirtschaft, d. h. einer Wirtschaft, wo Güteraustausch gegen gemünztes Geld stattfindet.

Es steht nicht fest, wo sich die ersten Anfänge des Bankiergewerbes gefunden haben. Jedenfalls wurde es im westlichen Europa durch italienische Juden eingeführt. Von den Karthagern, Phöniziern und Babyloniern wird erzählt, daß sie das Bankgewerbe schon früh betrieben haben[1]).

Indessen ist hierüber nach den zum Teil recht spärlichen Quellen Genaueres nicht bekannt.

Weit mehr ist uns von den bankartigen Einrichtungen der Griechen und Römer überliefert worden. Bei den ersteren vertraten, wie Curtius[2]) berichtet, vielfach die Priester die Stelle der Bankiers. Sie hatten neben den priesterlichen

[1]) Vgl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad, Elster, Lexis, Loening Bd. 2. S. 40 ff.

[2]) Vgl. Curtius, Griechische Geschichte, Bd. 1 S. 488.

Funktionen durch kluge Verwaltung, durch Beteiligung an gewinnreichen Unternehmungen, durch Geben von Darlehen usw. die Einkünfte des Gotteshauses zu steigern. Die Tempel von Delphi und Ephesus erlangten als Geldinstitute und Aufbewahrungsorte geradezu eine Berühmtheit. Neben den Verwaltern der Heiligtümer wurde in Griechenland das Bankgewerbe auch von Privaten ausgeübt, und zwar vornehmlich von Freigelassenen und Metöken, im Gegensatz zu Rom, wo das Bankgeschäft besonders von römischen Bürgern betrieben wurde[1]). Staatsbanken waren weder bei den Griechen, noch bei den Römern bekannt.

Zu den ältesten Geschäften der Bankiers zählte, wie schon erwähnt, neben dem Geldwechselgeschäft vornehmlich das Depotgeschäft. Es bildet die Grundlage des Bankiergewerbes, auf das sich im Laufe der Zeit fast alle anderen Geschäftszweige der Banken aufgebaut haben.

Zu den Zeiten der alten Griechen und Römer wurde das Bankdepotgeschäft freilich noch in sehr primitiver Weise betrieben, die Deponierung geschah lediglich zum Zwecke der Aufbewahrung, von einer produktiven Verwertung des deponierten Geldes seitens der Bank konnte vollends noch keine Rede sein. Erst mit der Einführung der Zahlungsanweisung, vor allem aber mit dem Entstehen des Wechsels[2]) nahm das Depositum eine veränderte Form an. Es wurde jetzt für das deponierte Geld ein Zins gewährt.

Der Ursprung des modernen Depositengeschäftes unserer großen Kreditinstitute ist wohl in den alten Girobanken zu suchen. Den Anlaß zu der Gründung jener großen Giro- und Lehnbanken gaben die zahlreichen Unterschlagungen, die vielfach im Mittelalter von den Privatbankiers begangen wurden. Diese öffentlich errichteten Banken wurden später so viel als möglich dem Nutzen der Kaufmannschaft an-

[1]) Vgl. Marperger, Beschreibung der Banken, Kapitel 1 S. 4.

[2]) Vgl. Jäger, Die ältesten Banken und der Ursprung des Wechsels, a. a. O.

gepaßt, teils um kleinen Kauf- und Handwerksleuten aus der Not zu helfen, teils um das Geld dem Lande zu erhalten. Durch die Errichtung dieser Banken gelangte der Handel zu neuer Blüte. Wenn Marperger[1]) behauptet: „Der Mangel einer Bank ist ein Zeichen des verlorenen Kredits und der Armut eines Ortes", so kann dieser Satz voll und ganz unterschrieben werden. Die Banken sind für die Entwicklung von Handel, Gewerbe und Industrie von großer Bedeutung. Kleine Kapitalien im Besitze vieler sind nicht sehr nutzbringend zu verwenden. Eine Million aber in der Hand eines einzelnen Mannes ist eine Macht[2]). Dieser einzelne kann das Geld besser an Personen ausleihen, die es zu produktiven Zwecken benötigen, in seiner Hand kann es weit vorteilhafter arbeiten, nicht nur zum Nutzen des einzelnen, sondern zum Wohle der Gesamtheit.

Als erste bedeutende Bank dieser Art sei die Bank zu Venedig genannt, die im Jahre 1156 gegründet sein soll[3]). Ein weiteres derartiges Institut war der Banco di Rialto, durch Gesetz im Jahre 1587 errichtet.

Die genannten Institute waren wohl die bekanntesten im Mittelalter, in der neueren Zeit, insbesondere im 17., 18. und 19. Jahrhundert, sehen wir dann eine Reihe von bedeutenden Bankinstituten entstehen. Namentlich im Laufe des letzten Jahrhunderts hat sich das Bankwesen zu einer ganz außergewöhnlichen Bedeutung und Vielseitigkeit gestaltet. Im 17. und 18. Jahrhundert war es besonders die Stadt Frankfurt, in der das Bankwesen zu hoher Blüte gelangte. Diese von Natur durch ihre Lage begünstigte Stadt spielte bald eine bedeutende Rolle als Vermittlerin zwischen dem Norden und Süden, sie war der erste Arbitrageplatz Deutschlands. Wie in Frankfurt als Binnenstadt, so ent-

[1]) Vgl. Marperger, a. a. O. S. 157.

[2]) Vgl. Bagehot, Lombard Street, a Description of the Money Market, Kapitel 1 S. 5

[3]) Vgl. Hübner, Die Banken, S. 20.

wickelte sich in Hamburg als Seestadt das Bankwesen, und zwar hier hauptsächlich im Verein mit dem Im- und Exporthandel. Neben den öffentlichen Banken sind einige Privatbanken zu erwähnen, so vor allem die Häuser der Fugger und Welser; namentlich die ersten genossen ein hohes Ansehen und einen geradezu unbeschränkten Kredit. Auch in Berlin wurde 1765 eine Girobank gegründet[1]). Durch Kabinettsorder vom 11. April 1846 ging sie mit dem 1. Januar 1847 in die Preußische Bank auf.

Mit der Errichtung des neuen Deutschen Reiches im Jahre 1871 wurde auch der Wunsch laut, eine Reichsbank zu schaffen. Am 1. Januar 1876 ging die Preußische Bank durch das Gesetz vom 14. März 1875 in die Deutsche Reichsbank über. Das Grundkapital wurde 1899 von 120 auf 150 Millionen erhöht und beträgt gegenwärtig 180 Millionen Mark.

Von Privatinstituten, die das Recht der Notenausgabe hatten, waren die bedeutendsten die Ritterschaftliche Privatbank in Stettin, die 1848 errichtet wurde, sowie die 1834 zu München gegründete Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, ferner die Frankfurter Bank und andere[2]). Von den großen Kreditinstituten seien genannt der 1848 ins Leben gerufene A. Schaffhausensche Bankverein, der seit 1904 mit der Dresdner Bank, die 1872 aus dem Dresdner Bankhause Michael Kaskel entstand, fusioniert ist. Im Jahre 1851 wurde die Diskontogesellschaft gegründet. Da die Regierung damals Privataktienbanken nicht genehmigte, wurde sie als Komanditgesellschaft auf Aktien gegründet. Ihren Statuten gemäß sollte diese Bank zur Diskontierung von Wechseln oder durch bare Vorschüsse kleinen Handwerkern und Geschäftsleuten Kredit geben, sofern sie solchen nach Maßgabe ihrer Geschäftsführung und ihres Vermögens verdienten. Während die Diskontogesellschaft

[1]) Vgl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften a. a. O. Bd. 2 S. 68.
[2]) Vgl. Koch, Münzgesetzgebung a. a. O. S. 95 ff.

Handwerkern und Kaufleuten Vorschüsse geben sollte, wurde die Bank für Handel und Industrie gegründet, um der deutschen Industrie die zum Betriebe nötigen Kapitalien zu überweisen. Ihre Gründung fällt in das Jahr 1853. Drei Jahre später entstand die Berliner Handelsgesellschaft. Eine hervorragende Stelle nimmt noch die 1870 gegründete Deutsche Bank ein. Ihre Hauptgeschäfte sollten den Statuten gemäß sein: Betrieb von Bankgeschäften aller Art, insbesondere die Förderung und Erleichterung der Handelsbeziehungen zwischen Deutschland, den übrigen europäischen Ländern und den überseeischen Märkten. Ihr Aktienkapital wurde 1906 von 160 Millionen auf 200 Millionen Mark erhöht[1]). Sie besitzt das größte Aktienkapital der deutschen Kreditanstalten. Von anderen Banken verdienen noch genannt zu werden: die Mitteldeutsche Kreditbank, die Kommerz- und Diskontobank, die Nationalbank für Deutschland und die Bergisch-Märkische Bank; außer diesen gibt es noch eine ganze Reihe von Banken, die einen Weltruf genießen; Handels- und Gewerbebanken, die hauptsächlich dem Handel- und Gewerbetreibenden Kredit gewähren; Hypotheken- und Grundkreditbanken, welche die hypothekarische Beleihung des Grundbesitzes vornehmen; endlich Darlehnskassen und Vorschußvereine, die den weniger Bemittelten Kredit gewähren.

§ 3.

Die Begriffe „Bankier, Wertpapiere, Verwahrung".

I. Obwohl in einer Reihe von gesetzlichen Bestimmungen die Begriffe „Bankier und Bank" verwertet werden[2]), fehlt es doch an einer Definition, die den Kreis der Befugnisse

[1]) Vgl. Rießer, Die Entwicklungsgeschichte der Großbanken a. a. O. S. 209 ff.

[2]) HGB. § 367. Siehe auch Gesetz betr. Gesellschaft m. b. H. § 41 Abs. 4; ferner BGB. § 248.

des Bankiers gesetzlich festlegt. In der Nationalökonomie ist eine derartige Begriffsbestimmung unschwer gegeben; hier versteht man unter einem Bankier eine Person, die den Austausch von Vermögenswerten vornimmt; er ist mit anderen Worten der Vermittler zwischen Kreditgewährenden und Kreditsuchenden[1]). Im juristischen Sinne wird man indes dem Worte Bankier eine derartige weite Auslegung nicht geben können.

Das Handelsgesetzbuch beschränkt sich lediglich darauf, demjenigen die Kaufmannseigenschaft beizulegen, der gewerbsmäßig „Bankier- und Geldwechslergeschäfte" betreibt[2]).

Hiernach könnte man vielleicht geneigt sein zu sagen: Bankier ist, wer gewerbsmäßig mit Geld handelt. Eine derartige Definition würde indes unbedingt verfehlt sein, es hieße den Begriff des Wortes „Geld" vollkommen verkennen, wenn man darunter auch Schecks, Wechsel und andere Wertpapiere verstehen wollte. Welche Geschäfte zu den im Gesetz genannten „Bankier- und Geldwechslergeschäften" zu zählen sind, bestimmt die Verkehrsanschauung. Im allgemeinen wird man hierunter alle diejenigen Geschäfte zu verstehen haben, die auf die Anschaffung, den Umsatz und die Verwertung von Geld, Geldsurrogaten und Wertpapieren gerichtet sind. Demgemäß ist Bankier im Sinne des Handelsgesetzbuches derjenige, der innerhalb seines Gewerbebetriebes die auf die Anschaffung, den Umsatz und die Verwertung von Geld, Geldsurrogaten und Wertpapieren gerichteten Geschäfte betreibt, also Geschäfte, die die Vermittlung des Umlaufs von Geld, Geldsurrogaten und Wertpapieren sowie die Sicherung des Kredits bezwecken[3]). Ob diese Geschäfte nun ausschließlich oder teilweise vorgenommen werden, ist gleichgültig, wesentlich ist nur, daß sie gewerbsmäßig betrieben werden, d. h. in

[1]) Bonamy Price, Geld- und Bankwesen, S. 90.
[2]) Vgl. HGB. § 1 Z. 4.
[3]) Vgl. Staub, Kommentar z. HGB. Bd. 1, S. 47.

der Absicht, daraus eine ständige Einnahmequelle zu ziehen. Schließt jemand ohne diese Absicht die oben bezeichneten Geschäfte ab, so ist er rechtlich nicht als Bankier anzusehen, beispielsweise wäre ein Privatspekulant selbst dann nicht Bankier, wenn er gelegentlich für einen anderen Bankgeschäfte besorgt. Dagegen würde der gewerbsmäßige Betrieb von Bankiergeschäften selbst denjenigen zum Bankier machen, dessen Gewerbebetrieb nicht als Bankgeschäft bei der Gewerbepolizei angemeldet ist.

Wie bereits erwähnt, ist die Haupttätigkeit des Bankiers die Vermittlung des Umlaufs von Geld und Kredit, sie geht vor sich namentlich durch Annahme von Depositen einerseits, durch Gewährung von Darlehen anderseits. Demgemäß ist zu unterscheiden zwischen Aktiv- und Passivgeschäften.

Manche Schriftsteller[1]) sind der Ansicht, daß beide Arten von Geschäften vorhanden sein müssen, um rechtlich jemanden zum Bankier zu machen, sie wollen nur denjenigen als Bankier ansehen, der neben eigenem auch mit fremdem Gelde arbeitet. Meines Erachtens liegt aber kein Grund vor, demjenigen die Bankierseigenschaft abzusprechen, der ausschließlich mit eigenen Kapitalien die oben erwähnten Geschäfte gewerbsmäßig betreibt. So wird beispielsweise derjenige als Bankier rechtlich zu behandeln sein, der gewerbsmäßig Darlehn gegen Zinsen lediglich aus eigenen Mitteln hingibt, sofern nur der Betrieb eine ständige Geschäftsverbindung mit dem Kapitalmarkt bedingt, ein Fall, der in der Praxis allerdings kaum vorkommen dürfte[2]). Dagegen wird man nicht denjenigen als Bankier bezeichnen können, der einzig und allein die Aufbewahrung von offenen und verschlossenen Depots vornimmt, und zwar selbst dann nicht, wenn er es gewerbsmäßig und gegen Provision tut.

[1]) Vgl. Hübner, Die Banken a. a. O. S. 28, ferner Bonamy Price, a. a. O. S. 94.

[2]) Ebenso Lehmann-Ring, Kommentar z. HGB. § 1 Nr. 56 Anm.

Deshalb spricht auch das Depotgesetz nicht von Bankiers, sondern von Kaufleuten schlechthin. Ebensowenig ist das Pfandleihgewerbe, d. h. das Verleihen von Mobiliarpfändern, die nicht Wertpapiere, Edelmetalle oder Kaufmannsware sind, ein Bankgeschäft[1]).

Bankier ist immer nur der Prinzipal, also derjenige, auf dessen Namen und für dessen Rechnung das Geschäft betrieben wird, gleichgültig ist dabei, ob er persönlich darin tätig ist oder nicht. Bankiers sind daher sämtliche Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, sowie die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft, wenn ein Bankbetrieb vorliegt. Dagegen sind die Prokuristen oder sonstigen Angestellten einer Bank ebensowenig Bankiers wie die Bankdirektoren, obwohl letztere im Volksmund als Bankiers bezeichnet werden.

Als Bankier kann aber nicht allein eine physische, sondern auch eine juristische Person in Betracht kommen. Bei der letzteren kann die Kaufmannseigenschaft um dessenwillen nicht in Frage gestellt werden, weil sie erst durch die Eintragung in das Handelsregister existent werden; z. B. Aktiengesellschaften (§ 200 Satz 1, § 210 Abs. 2, § 320 Abs. 3 HGB.). Was von dem Einzelbankier gesagt ist, gilt entsprechend auch für die Handelsgesellschaften mit und ohne juristische Persönlichkeit, sobald sie Bankiergeschäfte betreiben[2]). Gleichgültig ist dabei, ob sie den Titel „Bank“ führen oder nicht. So ist beispielsweise eine Feuer-

[1]) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 24, S. 36.

[2]) Eine Eigentümlichkeit sei hier besonders hervorgehoben. Während der Einzelbankier, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft nie eine Bilanz zu veröffentlichen brauchen, dagegen die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und die Genossenschaften stets, einerlei, was für ein Gewerbe sie betreiben, an die Bilanzveröffentlichung gebunden sind, ist die Gesellschaft m. b. H. diesem Zwange nur dann unterworfen, sofern sie das Bankgewerbe ausübt. (Vgl. Gesetz betr. G. m. b H. § 41 Abs. 3.)

oder Lebensversicherungsbank, die aber Bankiergeschäfte in Wirklichkeit gar nicht betreibt, nicht als Bankier (Bank) im Sinne des Handelgesetzbuches zu betrachten.

Die hauptsächlichsten Geschäfte des Bankiers sind bereits im ersten Teil dieser Abhandlung erwähnt worden. Die folgende Untersuchung soll sich speziell auf die Rechtsverhältnisse bei der Verwahrung von Wertpapieren nach geltendem Recht erstrecken.

II. Ebensowenig wie der Begriff „Bankier" gesetzlich festgelegt ist, findet sich auch im Gesetze eine Definition des „Wertpapiers". Sowohl im gesetzlichen wie im juristischen Sprachgebrauche war die Anwendung des Wortes Wertpapier, lange Zeit schwankend und gab Anlaß zu zahlreichen Kontroversen, erst in neuerer Zeit ist hierüber eine gewisse Klarheit geschaffen. Brunner[1]), der in dieser Begriffsbestimmung bahnbrechend gewesen ist, bezeichnet Wertpapiere als Urkunden, in denen ein Privatrecht, und zwar ein wirtschaftlich wertvolles Privatrecht, verbrieft ist, so daß die Inhabung der Urkunde privatrechtliche Voraussetzung für die Verwertung des verbrieften Rechts bildet. Dieses Privatrecht kann ein Sachen-Forderungs- oder Mitgliedschaftsrecht sein. Die Wertpapiere sind zwar an sich keine Wertgegenstände, sondern nur die Träger von Werten. In ihrer Natur indeß, die sie zum fortlaufenden Umlauf im Verkehr ebensowohl bestimmt wie zur Kapitalsanlage, liegt es begründet, dass man für den in ihnen verkörperten hohen Geldwert eine gesicherte Aufbewahrung wünschte. Infolgedessen gelangte das gewerbsmäßige Aufbewahren von Wertpapieren recht bald zur großer Entwicklung und nimmt auch gegenwärtig im wirtschaftlichen Leben eine hervorragende Stellung ein.

[1]) Vgl. Brunner (in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-. See- und Wechselrechts Bd. 2, S. 144 ff.) Vgl. auch Entsch. des GR. Bd. 54, S.

Gegenwärtig verstehen wir unter dem handelsrechtlichen Verwahrungsgeschäft den von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes mit einem anderen abgeschlossenen Vertrag, wodurch der Kaufmann (Depositar) sich verpflichtet, die ihm von dem Dritten (Deponenten) übergebenen Sachen, in der Regel Wertpapiere, Kostbarkeiten und Geld, aufzubewahren. Daß das Verwahrungsgeschäft den Hauptgegenstand des Handelsgewerbes ausmacht, ist für die Charakterisierung als handelsrechtliches nicht erforderlich, es genügt vielmehr, daß der Depositar Kaufmann ist, selbst wenn sich seine Tätigkeit sonst ausschließlich auf andere Handelszweige erstreckt[1]).

Kein Verwahrungsvertrag im Sinne des Gesetzes liegt dagegen vor, wenn bei Ausführung anderer Geschäfte gelegentlich Sachen in Verwahrung genommen werden, z. B. wenn ein Anwalt anläßlich einer Prozeßvertretung Urkunden vorübergehend an sich nimmt[2]).

Zweifelhaft kann es erscheinen, ob das handelsrechtliche Verwahrungsgeschäft zu den Grund- oder nur zu den Nebenhandelsgeschäften zu rechnen ist. Im § 1 Abs. 2 HGB., der eine erschöpfende Aufzählung der selbständigen Handelsgeschäfte enthält, ist das Verwahrungsgeschäft nicht ausdrücklich erwähnt. Trotzdem könnte man es ohne Mühe mit dem im § 1 Ziff. 4 aufgestellten Bankiergeschäften identifizieren. Denn einerseits bildet es, wie bereits oben[3]) erwähnt, eins der ältesten Bankiergeschäfte überhaupt, andererseits ist es auch heute noch so eng mit den anderen Geschäftszweigen einer Bank verbunden, daß eine Bank ohne dasselbe gar nicht gedacht werden kann; namentlich hat das Bankverwahrungsgeschäft in den letzten Jahrzehnten infolge der modernen Safeeinrichtungen einen außerordentlichen

[1]) Vgl. HGB. § 343 Abs. 2; ferner HGB. § 688 ff.
[2]) Vgl. Dernburg, Das Bürg. Recht, Bd. 2 S. 519
[3]) Vgl. oben S. 1 ff.

Aufschwung genommen[1]). Aber trotzdem wird man in dem Verwahrungsgeschäft nur ein Neben- oder Hilfsgeschäft des Bankiers erblicken können, denn es verleiht demjenigen, der es isoliert, wenn auch gewerbsmäßig, betreibt, nicht den Charakter als Bankier[2]).

Auf das handelsrechtliche Verwahrungsgeschäft finden, da das Handelsgesetzbuch die Materie nicht erschöpfend regelt, die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über den Verwahrungsvertrag Anwendung.

Demnach regelt sich die Verpflichtung des Depositars nach den §§ 688 B.GB.

§ 688 bestimmt zunächst:

„Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren."

Den hauptsächlichsten oder bei unentgeltlichem Vertrage den ausschließlichen Inhalt des Verwahrungsvertrages bildet die Übernahme der Verwahrungspflicht durch den Depositar. Der Begriff der Verwahrungspflicht, sein Umfang, sind aus dem Gesetze selbst nicht unmittelbar, sondern unter Zuhilfenahme der Verkehrsanschauung zu entnehmen. Vor allem wird man annehmen müssen, daß der Depositar einen Raum zur Verfügung zu stellen hat, in dem die zu deponierenden Sachen ordnungsmäßig und den Gebräuchen des Verkehrs entsprechend untergebracht werden können. Der Wert des Gegenstandes und andere Momente werden im einzelnen Falle zu berücksichtigen sein[3]). Die hier erforderlichen Maßnahmen in einen festbegrenzten Begriff zu

[1]) So zählte die Reichsbank beispielsweise am Ende des Jahres 1903 nicht weniger als 7096 verschlossene und 295148 offene Depots.

[2]) Vgl. Staub a. a. O. Bd. 1 S. 47; ferner Lehmann-Ring, a. a. O. Bd. 1 S. 24, Düringer-Hachenburg, Kommentar z. HGB., Bd. 3 S. 492. Siehe auch oben S. 2. Anderer Ansicht, Cohn (in Endermanns Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 3 S. 887)

[3]) Vgl. Oertmann, Kommentar z. BGB. Anm. 2 zu § 688.

zwängen, geht selbstverständlich nicht an. Insbesondere hat der Depositar die hinterlegten Sachen vor schädlichen Einflüssen aller Art sowie vor dem rechtswidrigen Zutritt Dritter zu schützen. Althergebrachte, im Handelsverkehr tief eingewurzelte Gewohnheiten mit Rücksicht auf die Gewähr, die man von einem ordentlichen und sorgsamen Kaufmann füglich verlangen kann, geben im Zweifelsfalle die Anhaltspunkte, nach denen billigerweise zu entscheiden ist. So wäre es beispielsweise notwendig, daß bei einem Tresor, dessen Tür sich nicht mehr im ordnungsmäßigen Zustande befindet, anderweitig Sicherheitsmaßregeln getroffen werden, etwa durch Anstellung eines Wächters.

Das Verwahrungsgeschäft kann unentgeltlich und entgeltlich sein. Der Verwahrer des bürgerlichen Rechts kann für die Aufbewahrung dann eine Gebühr, ein Entgelt beanspruchen, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[1]). Dies wird namentlich bei gewerbsmäßiger Aufbewahrung der Fall sein. Die Höhe der Vergütung unterliegt der Parteivereinbarung. Dem Bankier wie jedem Kaufmann sichert überdies § 354 HGB. stets eine Vergütung zu, denn: „Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem andern Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach dem an dem Orte üblichen Sätzen fordern".

Geschieht die Verwahrung unentgeltlich, so hat der Depositar nur diligentia quam suis anzuwenden, er haftet nur für culpa in concreto.

Im Zweifel hat er die Sache in persönliche Verwahrung zu nehmen, darf sich also keiner Mittelsperson bedienen. Denn der Verwahrungsvertrag beruht vornehmlich auf dem persönlichen Vertrauen, das dem Depositar entgegengebracht wird. Daher hat er sich auch streng an alle Weisungen

[1]) BGB. § 689 ff.

seines Deponenten zu halten, etwaigen Schaden, der durch die unbefugte Hinterlegung bei Dritten entsteht, hat er voll zu ersetzen[1]).

Ist dem Depositar die Weitergabe der Sache zum Zwecke der Hinterlegung gestattet, so haftet er für culpa in eligendo, er hat nur ein ihm bei der Deponierung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten.

Die hinterlegten Sachen darf der Depositar nicht in Gebrauch nehmen. Von den bei dem Vertragsschlusse getroffenen Vereinbarungen darf der Depositar nur abweichen, wenn besondere Umstände es erfordern, insbesondere also dann, wenn die hinterlegte Sache der Gefahr des Verderbens oder des Untergangs ausgesetzt ist, aber auch unter solchen Umständen sind nach Möglichkeit Entschließungen des Deponenten einzuholen.

Was endlich die Zeit der Rückgabe der deponierten Sachen anlangt, so kann der Deponent jederzeit die Rückgabe fordern, der Depositar dagegen hat eine Rückgabeberechtigung in der Regel erst mit Ablauf der vereinbarten Zeit. Eine vorzeitige Rückgabe kann er nur wegen eines wichtigen Grundes verlangen. Ist eine Frist nicht vereinbart, so kann auch er jederzeit auf Rücknahme bestehen. Es ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) als selbstverständlich anzusehen, daß beide Teile nur zu angemessener Zeit von ihrem Rechte Gebrauch machen dürfen. Sind beispielsweise von einer Bank bestimmte Stunden für die Regelung der Depots angesetzt[2]), so wird der Deponent nur in dieser Zeit sein Rückforderungsrecht geltend machen können, es sei denn, daß wichtige Gründe die Zurücknahme außerhalb der geschäftsüblichen Zeit erheischen. Ein Grund, eine vorzeitige Rücknahme zu

[1]) Vgl. Oertmann, a. a. O. § 691 Anm.

[2]) So erfolgt die Annahme und Ausgabe von Depots bei der Reichshauptbank nur während der Vormittagsstunden. (Vgl. Koch, Münzgesetzgebung, S. 310.) Siehe auch HGB. § 358.

verlangen, würde für den Depositar beispielsweise sein, wenn die Verwahrung unmöglich wird, etwa durch Zerstörung seiner Stahlkammer. Sofern der Depositar ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 ff. BGB.) oder ein Aufrechnungsrecht (§ 387 ff. BGB.) dem Deponenten gegenüber hat, steht ihm gegen den Rückgabeanspruch die Einrede zu. Der Vertrag besteht bis zur tatsächlichen Rückgabe der Sache weiter, er endigt nicht schon durch Widerruf seitens des Deponenten oder durch Kündigung seitens des Depositars, das folgt aus der Qualifizierung des Vertrags als Realvertrag. Dem Deponenten sind die verwahrten Sachen mit allen Nutzungen herauszugeben, soweit dies aus dem Vertrage oder aus einer Anweisung ersichtlich ist.

Die Rückgabe der Sache ist an dem Orte vorzunehmen, an dem der Depositar sie vertragsmäßig aufbewahren mußte. Gleichgültig ist dabei der Ort, wo der Vertrag abgeschlossen wurde oder an dem sich die Sache in Wirklichkeit befindet. Von dem ordnungsmäßigen Aufbewahrungsorte hat sie der Deponent abzuholen, es liegt also eine Holschuld vor, nicht eine Bringschuld. Selbst wenn Geld hinterlegt ist, muß es des Deponent. entgegen der Bestimmung des § 270 BGB., abholen. Das kann jedoch nicht hindern, anzunehmen, daß der Depositar gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr berechtigt und verpflichtet ist, auf Grund einer Vereinbarung oder mangels einer solchen auf Wunsch des Deponenten, die verwahrten Sachen dem letzteren auf dessen Kosten und Gefahr zuzusenden.

Sind dem Depositar vom Gesetze bestimmte Verpflichtungen auferlegt, so stehen ihm aber auch bestimmte Rechte zu. Er kann zunächst dem Deponenten gegenüber ein Forderungsrecht wegen aller Aufwendungen, die er zum Zwecke der Aufbewahrung gemacht hat, geltend machen. So beispielsweise wegen der Kosten, die ihm infolge einer Feuer- oder Wassersgefahr in Hinsicht auf die Sache er-

wachsen sind, falls diese nicht in der Vergütung einbegriffen sind. Ferner muß ihm der Deponent für allen Schaden aufkommen, der durch die Beschaffenheit der Sache selbst entsteht, es sei denn, daß der Deponent die gefahrdrohende Beschaffenheit weder kannte, noch kennen mußte oder daß er beweist, daß der Depositar Kenntnis hatte.

Schließlich hat der Depositar noch bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrag einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung und diese kann, wie bereits oben[1]) erwähnt, der Bankier stets fordern, selbst wenn eine Vereinbarung nicht stattgefunden hat, und zwar im allgemeinen bei der Beendigung des Vertrages, also postnumerando. War die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach Ablauf der einzelnen Abschnitte zu entrichten. Bei vorzeitiger Beendigung der Verwahrung steht dem Depositar eine seinen Leistungen entsprechende Vergütung zu[2]). Im übrigen hat der Bankier die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prästieren.

Hieraus ergibt sich, daß der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ein contractus bilateralis inaequalis ist, also ein Vertrag, bei dem die Verpflichtung des einen Teils als Hauptinhalt des Kontrakts erscheint, während der andere nur nebenbei, eventuell, verpflichtet wird. Wird der Verwahrungsvertrag aber als entgeltlicher mit vorher vereinbarter Vergütung geschlossen, so erhält er dadurch den Charakter eines gegenseitigen Vertrags.

Besondere Vorschriften sind in dem sogenannten Depotgesetze festgelegt[3]).

---

[1]) Vgl. oben § 3.

[2]) BGB. § 699 Abs. 2.

[3]) Gesetz betr. „Die Pflichten der Kaufleute bei der Aufbewahrung fremder Wertpapiere“ vom 5. Juli 1896. (s. Anm.)

Anmerkung: Die nähere Veranlassung zum Erlaß des Depotgesetzes gaben die zahlreichen Depotveruntreuungen im Herbst des Jahres 1891. Viele Banken, teilweise recht bedeutende und angesehene,

Das Depotgesetz findet nicht allein auf den Bankier, sondern auch auf jeden andern Vollkaufmann Anwendung, sofern er die Aufbewahrung fremder Wertpapiere im Betriebe seines Handelsgewerbes vornimmt, also nicht auf Minderkaufleute und nicht auf Vollkaufleute, welche die Aufbewahrung nicht im Betriebe des Handelsgewerbes übernommen haben. In folgendem soll die rechtliche Stellung des Bankiers als Depositar bei den verschiedenen Depotarten näher untersucht werden.

---

hatten das Vertrauen ihrer Kundschaft mißbraucht und sich schwere Depotunterschlagungen zuschulden kommen lassen. Es schien um so dringender geboten, hier gesetzliche Reformen zu schaffen, da die Depotunterschlagungen, namentlich wenn sie einen weiteren Umfang annehmen, den Charakter großer Gemeingefährlichkeit an sich tragen, nicht allein durch die Schädigung der von der Unterschlagung direkt Betroffenen, sondern insbesondere auch dadurch, daß sie Mißtrauen beim Publikum erwecken, auf Handel und Wandel lähmend einwirken und auf die Gestaltung des gesamten wirtschaftlichen Lebens einen ungünstigen Einfluß ausüben. Bereits am 20. November 1891, gleich nach den erwähnten Ereignissen, hatte der Abgeordnete Dr. v. Cuny im Reichstage einen diesbezüglichen Antrag gestellt, allein, da schon an einer Neuregelung des Börsenwesens gearbeitet wurde, schien es ratsam, beide Materien nicht voneinander zu trennen. Daher wurde denn erst am 3. Dezember 1895 ein Entwurf des Depotgesetzes in Verbindung mit dem des Börsengesetzes dem Reichstag zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme vorgelegt. Am 9., 10., 11. Januar 1896 fand die Lesung des Depotgesetzes in Verbindung mit dem des Börsengesetzentwurfes statt. Man einigte sich dahin, beide Vorlagen an die aus 21 Mitgliedern bestehende neunte Kommission zur Vorberatung zu überweisen, die dann am 12. Mai Bericht über das Depotgesetz erstattete. Nach zwei weiteren Beratungen vom 17. Juni 1896 wurde das Gesetz in der von der Kommission beschlossenen Fassung angenommen. Die Publizierung des Gesetzes fand am 16. Juli 1896 in Nr. 19 des Reichsgesetzblattes statt, nachdem es am 6. Juli vom Kaiser unterzeichnet war. In einer weiteren Veröffentlichung vom 23. Juli 1896 wurden einige Berichtigungen getroffen. Der Zweck des Gesetzes war die Beseitigung der auf dem Gebiete des Depotwesens hervorgetretenen Mängel und die Ergänzung der bestehenden Rechtsvorschriften behufs größerer Sicherheit des Publikums gegen Verluste

§ 4.

Das depositum regulare.

Ein depositum regulare liegt dann vor, wenn genau dieselben Stücke, die in Verwahrung gegeben sind, bei der Rückgabe zurückerstattet werden müssen. Was die Form angeht, so können hier geschlossene und offene Depots in Frage kommen.

Verschlossene Depots sind solche, die dem Depositar in einer verschlossenen und in der Regel versiegelten Umhüllung, sei es in Gestalt eines Kuverts, eines Pakets oder einer Kiste, übergeben werden, wogegen von dem Bankier als Quittung ein Depotschein ausgestellt wird. Sie sind außerdem mit dem Vor- und Zunamen, bzw. der Firma des Deponenten zu versehen, und der Verschluß muß so beschaffen sein, daß ohne Verletzung eines Siegels nichts herausgenommen werden kann.

Einen regelmäßigen Verwahrungsvertrag bildeten die Gelddepots im Beginn der Entwicklungsperiode des Bankierwesens, wo genau dieselben Münzen und Stücke, die deponiert waren, zurückerstattet werden mußten[1]).

Da der Bankier den Inhalt des Depots weder einsehen kann, noch ohne Erlaubnis einsehen darf, so haben manche Banken die Gepflogenheit, sich den ungefähren Wert der hinterlegten Sache angeben zu lassen und manchmal auch in ihren Geschäftsbedingungen eine Höchstsumme vorge-

deponierter Wertpapiere. Vor allem wollte man die Banken zwingen, ihre Geschäftsbedingungen klarer abzufassen. Diese waren bis dahin vielfach dunkel, und die gebrauchten Ausdrücke gaben zu Zweifeln Anlaß, so daß nicht selten von den Kunden ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag abgeschlossen wurde, ohne daß sie es wußten, noch wollten. Ob der Zweck des Gesetzes errreicht ist, bleibe dahingestellt. (Vgl. Drucksachen des Reichstags, neunte Legislaturperiode 1895/97, Anlagebd. 1 S. 35 ff.)

[1]) Vgl. oben S. § 2.

schrieben, mit der sie für verschlossene Depots haften, damit sie nicht bei etwaigen Verlusten oder Beschädigungen von der Kundschaft unbilligerweise für namhafte Summen in Anspruch genommen werden können. So haftet z. B. die Deutsche Reichsbank bei verschlossenen Depots nur bis zum Wertbetrage von 5000 M., bei höherer vereinbarter Haftung ist eine bestimmte Versicherungsgebühr zu entrichten[1]).

Was die rechtliche Seite des Vertrages angeht, so gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in § 688 ff.[2]), wobei Usancen nicht ausgeschaltet werden, da die Bestimmungen dispositiver Natur sind. Vorsatz und Fahrlässigkeit hat der Depositar, da er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prästieren hat, immer zu vertreten. Dagegen tritt keine Haftung ein, wenn das Depot durch einen unabwendbaren, außer dem Verschulden des Verwahrers gelegenen Zufall durch höhere Gewalt, „vis major", etwa durch Erdbeben oder Feuersbrunst, vernichtet oder beschädigt wird. Für ein Verschulden seiner Angestellten haftet der Depositar nach § 278 BGB.

Das römische Recht zählte das depositum ebenso wie das mutuum, commodatum und pignus zu den Realkontrakten. Auch im heutigen bürgerlichen Recht gilt nach herrschender Meinung[3]) der Verwahrungsvertrag als Realkontrakt. Dies ist vor allem aus § 688 BGB. zu folgern, wo von einer übergebenen Sache die Rede ist. Auch die Motive zum bürger-

[1]) Vgl. Koch, Münzgesetzgebung. Bestimmungen über verschlossene Depositen, S. 309 ff.

[2]) Vgl. die Erörterungen im vorhergehenden Paragraphen.

[3]) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 519; Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 688; Adler, die Bankdepotgeschäfte S. 58; Endemann. a. a. O. Bem. zu § 185; Planck, Kommentar zum BGB., Bd. 2, S. 335; Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. 2, S. 566; anderer Ansicht, Kohler im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 2, S. 233; Cosack, Lehrbuch d. d. bürgerl. Rechts § 154, Anm. 3.

lichen Recht lehnen einen Konsensualvertrag ab[1]). Ein Vorvertrag, pactum de deponendo, ist dagegen nicht ausgeschlossen. Daraus erwächst für den künftigen Depositar die Verpflichtung zur Annahme, es sei denn, daß wichtige Gründe entgegenstehen; nicht aber für den Deponenten die Pflicht zur Hingabe der betreffenden Sachen. Es kann also auf Hingabe derselben nicht geklagt werden. Denn die Verwahrung geschieht wesentlich im Interesse des Deponenten, der seine Sache in sicherer Obhut wissen will. Wie aber einerseits aus § 696 BGB. gefolgert werden muß, daß der Depositar aus wichtigen Gründen eine Annahme verweigern kann, so ist andererseits aus § 693 BGB. zu entnehmen, daß der Deponent alle Unkosten zu ersetzen hat, die dem Depositar etwa in Hinsicht auf die zu übergebenen Sachen entstanden sind[2]). Ob der Depositar bei nicht erfolgter Übergabe auch einen Anspruch auf die vereinbarte Aufbewahrungsgebühr hat, scheint zweifelhaft. Oertmann[3]) glaubt es verneinen zu müssen, da einerseits der § 689 BGB. nur von einer Vergütung für die wirkliche Aufbewahrung spreche, andererseits aber auch der Deponent nach § 699 Abs. 2 in Verbindung mit § 696 in der Lage sei, die Vergütung einseitig durch Rücknahme zu kürzen, — also die Vergütung eine konsensual übernommene Gegenleistung sei, — so stehe dem Deponenten ein solches Recht nicht zu; ich glaube, man wird die Ansicht des genannten Autors billigen müssen.

Das verschlossene Depot ist im Depotgesetz nicht speziell geregelt. Der Zweck des Gesetzes, nämlich die Klarstellung der Eigentumsverhältnisse, kann bei dem regulären, verschlossenen Depot nicht in Frage kommen, da

---

[1]) Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 2, S. 566.

[2]) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 736.

[3]) Vgl. ebendort S. 737.

hier der Depositar in keinem Falle Eigentum an dem Depotgegenstande beanspruchen kann.

Weit häufiger als das verschlossene findet in der Praxis das offene reguläre Depot Verwendung. Die Verwaltung des verschlossenen Depots liegt allein in der Hand des Deponenten. Ein Einwirken des Bankiers auf die deponierten Papiere findet nicht statt, es sei denn, daß Momente vorliegen, die ein Eingreifen des Bankiers erfordern. So wäre er z. B. berechtigt, ja sogar verpflichtet, eine Umhüllung, die von einer ätzenden Flüssigkeit durchtränkt wäre, zu entfernen, um einem Verderb der Wertpapiere vorzubeugen. Anders beim offenen Depot; wie sich aus dem Folgenden ergibt.

Unter einem offenen Depot ist ein Depot zu verstehen, das der Bank unverschlossen übergeben wird, so daß der Bankier Einsicht von den zu deponierenden Sachen nehmen kann. Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß für die Übergabe auch Stellvertretung (im Willen oder in tatsächlicher Hinsicht) möglich ist. Auch können mehrere einzelne Personen gemeinschaftlich ein Depot errichten. Dies ist aber in der Regel bei den Banken nur unter bestimmten Bedingungen möglich, so verlangt die Deutsche Reichsbank von dem Deponenten eine Erklärung, dahin lautend, daß jeder einzelne allein berechtigt sei, über die hinterlegten Wertpapiere sowie die eingehenden Gelder zu verfügen und zu quittieren[1]). Das ist nicht selbstverständlich, weil eventuell ein Gemeinschaftsverhältnis zur gesamten Hand entsteht (§ 432 BGB.).

In der Praxis wird nun beim offenen Depot wohl ausschließlich noch der Auftrag erteilt, alle für die hinterlegten Papiere notwendigen bankartigen Transaktionen vorzunehmen. Hierher gehören vor allem das Abschneiden und Einlösen der Coupons und Dividendenscheine, die Kontrolle über die verlosbaren Effekten, sowie das rechtzeitige Einziehen der

[1]) Vgl. Koch, Münzgesetzgebung. offene Depots, S. 292.

ausgelosten Stücke, ferner die Erhebung neuer Coupons- und Dividendenbogen gegen die freien Talons, die Abstempelung bei Konvertierungen und die Versicherung gegen Kursverlust, bei Wechseln das rechtzeitige Vorzeigen und eventuelle Einziehen des Betrages und noch manche andere Besorgungen, die für den Kunden viel Arbeit und Aufmerksamkeit erfordern, dem Bankier aber weit weniger Mühe machen. Im allgemeinen sind die Verwaltungshandlungen, die ein Bankhaus übernimmt, genau in den Bestimmungen der Bank fixiert. Man bezeichnet mit Recht ein derartiges Depot als Depot zur Verwaltung, im Gegensatz zu einem Depot zur Verwahrung, wo es lediglich auf die Verwahrung ankommt.

Alle Verbindlichkeiten, die der Bankier als Depositar bei einem Verwaltungsdepot übernimmt, ändern den Charakter des Verwahrungsvertrags als solchen nicht; da sie nur Nebenleistungen darstellen[1]). Endemann[2]) will, wenn zugleich die Verwaltung hinterlegter Wertpapiere vorzunehmen ist, einen Werkvertrag in den Vordergrund des Vertrages stellen, weil in solchem Falle nicht die Verwahrung sondern die Verwaltung das Wesentliche sei. Meines Erachtens ist aber auch bei dem sog. Verwaltungsdepot der Hauptzweck in der Verwahrung zu suchen, denn die erste Pflicht des Depositars ist und bleibt auch hier die Erhaltung, nicht die Verwaltung des Depots. Auch pflegen die Banken, insbesondere bei unentgeltlicher Verwaltung, stets eine Haftung für etwaige unterbliebene Verwaltungshandlungen, so bei übersehenen Verlosungen, in ihren Bedingungen abzulehnen, so daß der Deponent seinerseits die Kontrolle mitausüben muß; dieser Geschäftsgebrauch dürfte sich wohl kaum eingeführt haben, wenn die Banken die Verwaltung als Hauptzweck angesehen wissen wollten[3]).

[1]) Vgl. Dernburg, a. a. O., S. 515, Nr. 2.

[2]) Vgl. Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts, S. 1161 Anm. 11.

[3]) Gleicher Ansicht Staudinger, a. a. O. Bd. 2, b. S. 568.

Rechtlich kommen auf diese Vertragsart dieselben Bestimmungen zur Anwendung, wie beim verschlossenen Depot mit der Maßgabe, daß außerdem noch die Vorschriften des Depotgesetzes zu berücksichtigen sind.

Der Deponent bleibt also Eigentümer der hinterlegten Papiere, der Depositar darf nach Beendigung des Vertrages die Stücke nicht in genere, sondern muß sie in specie zurückerstatten. Neben der ordnungsmäßigen und sorgfältigen Aufbewahrung der Papiere, für die er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haftet, hat er, falls ein entsprechender Auftrag erteilt ist, auch die erforderlichen Verwaltungshandlungen vorzunehmen.

Wie das römische Recht dem Deponenten Konkursprivilegien zusicherte, so hat auch in der deutschen Konkursordnung der Hinterleger nach allgemeinen Vorschriften sowohl beim verschlossenen wie beim offenen regulären Depot im Konkurs des Depositars ein Aussonderungsrecht[1]). Die Aneignung der Papiere seitens des Bankiers ist je nach der Lage des Falles gemäß § 246 StGB. als Unterschlagung oder den Bestimmungen des § 9 des Depotgesetzes entsprechend zu bestrafen.

Über das offene Depot besagt das Depotgesetz im § 1 folgendes:

„Ein Kaufmann, welchem im Betriebe seines Handelsgewerbes Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen oder vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld unverschlossen zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind, ist verpflichtet:

1. diese Wertpapiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers oder Verpfänders gesondert von seinen eigenen Beständen und von denen Dritter aufzubewahren.

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 1. Siehe auch KO. § 43 ff.

2. ein Handelsbuch zu führen, in welches die Papiere jedes Hinterlegers oder Verpfänders nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterschiedsmerkmalen der Stücke einzutragen sind; der Eintragung steht die Bezugnahme auf Verzeichnisse gleich, welche neben dem Handelsbuche geführt werden. Die Eintragung kann unterbleiben, insoweit die Papiere zurückzugeben sind, bevor die Eintragung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange erfolgen konnte. Etwaige Rechte und Pflichten des Verwahrers oder Pfandgläubigers im Interesse des Hinterlegers oder Verpfänders, Verfügungen oder Verwaltungsmaßregeln vorzunehmen, werden durch die Bestimmung unter Ziffer 1 nicht berührt."

Das Gesetz spricht zunächst von der Person des Depositars. Es gilt für jeden Kaufmann, der die Verwahrung von Wertpapieren vornimmt, nicht nur für den Bankier als solchen. Minderkaufleute werden nach § 13 des Depotgesetzes von den Vorschriften nicht berührt, da sie im allgemeinen nicht die für die Verwahrung erforderlichen Einrichtungen besitzen, mithin solche Geschäfte nicht ausüben können. Es hätte allerdings einer derartigen Bestimmung gar nicht bedurft, da das Depotgesetz dem Depositar die Führung von Büchern vorschreibt, während § 4 HGB. die Minderkaufleute von der Pflicht, Handelsbücher zu führen, entbindet.

Die Vorschriften des Gesetzes sollten neben den im Gesetze speziell genannten lediglich bei vertretbaren Wertpapieren zur Geltung kommen, weil hier insbesondere eine Gefährdung für das Eigentum des Deponenten besteht. Es ist dies im Gesetz dadurch hervorgehoben, daß es nicht von anderen vertretbaren, sondern von „vertretbaren andern Wertpapieren" spricht[1]). Für die im § 1 des Depotgesetzes

[1]) Vgl. Riesser, Das Bankdepotgesetz, S. 14 und ferner Adler, a. a. O. S. 13 ff.

ausdrücklich aufgezählten Wertpapiere ist es sonach gleichgültig, ob sie vertretbar sind oder nicht. Was unter Vertretbarkeit zu verstehen ist, besagt § 91 BGB.

Wechsel und Schuldverschreibungen, die auf den Namen lauten und nicht durch Indossament übertragbar sind, kommen daher nicht in Frage, weil sie weder im Gesetz aufgezält, noch auch zu den vertretbaren Wertpapieren zu rechnen sind. Auch Ladescheine, Konossements und Lagerscheine oder Warrants fallen nicht unter das Gesetz. Geld und Banknoten kommen deshalb nicht in Betracht, weil bei der Hingabe von Geld zwischen den Parteien wohl stets ein irreguläres Depot geschlossen wird, dies trifft auch für Banknoten zu, die, wenngleich rechtlich nicht Geld sind, doch im Verkehr als Papiergeld angesehen werden.

Die Wertpapiere müssen ferner unverschlossen übergeben sein[1]). Der Depositar ist verpflichtet, die ihm übergebenen Wertpapiere gesondert aufzubewahren, d. h. die Stücke sind getrennt von seinen eigenen Effekten und von denen seiner anderen Kundschaft zu legen und äußerlich entsprechend zu kennzeichnen, denn nur auf diese Weise bleibt das Eigentumsrecht des Deponenten unter allen Umständen gewahrt, was das Gesetz gerade bezweckt. Praktisch wird dies in der Regel so gehandhabt, daß die verschiedenen Arten von Wertpapieren mit Streifbändern oder Kuverts umgeben werden, die mit dem Namen des Kunden, sowie der Gattung und dem Nominalwert der betreffenden Papiere versehen werden. Keineswegs braucht der Bankier die Aufbewahrung der Wertpapiere verschiedener Kunden in verschiedenen Räumen vorzunehmen, wohl aber muß er sie mangels anderweitiger Vereinbarung in seinen eigenen Räumen aufbewahren (§ 691 BGB.). Eine Änderung der Verwahrung darf er vornehmen, soweit es Verwaltungsmaßnahmen, zu denen er befugt ist, erfordern oder bei Gefahren[2]).

[1]) Vgl. oben S. 22 ff.

[2]) Vgl. darüber die Erörterungen im vorhergehenden Paragraphen.

Außerdem verpflichtet das Gesetz den Bankier wie jeden anderen Vollkaufmann, sofern ihm Wertpapiere zur Verwahrung übergeben sind und nicht eine Erklärung im Sinne des § 2 des Depotgesetzes vorliegt, ein Handelsbuch, das sogenannte Depotbuch, zu führen, worin er die Wertpapiere des Deponenten genau nach Gattung, Nennwert, Nummern, Buchstaben, Serien und sonstigen Unterscheidungsmerkmalen einzutragen hat. Diese Spezifizierung kann auch auf losen, einzelnen Verzeichnissen geschehen, nur ist dann in dem Handelsbuch ein Hinweis auf dieselben vorzunehmen. Auf diese Weise wird es dem Verwahrer möglich, die durch die Eintragung notwendige Arbeitsvermehrung zu beseitigen, indem er sich entweder beim Vertragsabschlusse zugleich mit der Übergabe der Effekten ein Verzeichnis der Stücke von seinem Kontrahenten geben läßt oder aber bei Selbstanfertigung der Verzeichnisse gleichzeitig mehrere Beamte beschäftigen kann. Keineswegs aber hat der Bankier die Pflicht, seinem Kunden über die hinterlegten Wertpapiere ein Nummernverzeichnis auszuhändigen. Wünscht der Kunde ein solches, so muß er es selbst anfertigen. Zu der Führung des Depotbuches sind auch Kaufleute verpflichtet, die von ihren Beamten Wertpapiere als Kaution empfangen, so z. B. der Staat, die Aktiengesellschaft[2]). Das Gesetz entbindet von der Eintragung überhaupt, wenn die Papiere bereits zurückgegeben sind, bevor eine Einschreibung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange erfolgen konnte, denn in diesem Falle würde die Eintragung zwecklos sein, da der Grund, den Kunden zu schützen, fortfällt.

Bezüglich der Beschaffenheit des Depotbuches gelten die Vorschriften des § 43 HGB. Es soll gebunden und von Seite zu Seite oder Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein. Leere Zwischenräume an Stellen, die sonst zu beschreiben sind, müssen durch Querstriche unbrauchbar

[2]) Vgl. Staub, a. a. O. Bd. 1, S. 210.

gemacht werden, dagegen dürfen Zwischenräume zwischen den verschiedenen Abteilungen des Buches gelassen werden[1]). Infolge Durchstreichens unleserlich gemachter Stellen, sowie Veränderungen, die es ungewiß lassen, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder später gemacht sind, und Rasuren sollen sich nicht finden. Damit ist aber meines Erachtens nicht gesagt, daß Rasuren überhaupt in Handelsbüchern nicht vorkommen dürfen, denn selbst der tüchtigste Kaufmann wird Schreibfehler nicht vermeiden können. Diese wird er durch Radieren beseitigen dürfen, ohne sich strafbar zu machen, sofern er nur die Richtigkeit der Änderung nachweisen kann und er eine Täuschung nicht beabsichtigt, also eine böswillige Absicht nicht vorliegt[2]). Die Abfassung des Buches hat in einer lebenden Sprache und den Schriftzeichen einer solchen zu geschehen. Stenographie ist nicht hierher zu zählen, da sie im Verkehr nicht allgemein üblich ist.

Das Depotbuch muß ferner wie alle anderen Handelsbücher zehn Jahre lang, gerechnet vom Tage der letzten Eintragung, aufbewahrt werden. Auch kann von Amts wegen die Einsicht und Vorlegung verlangt werden.

Kommt ein zur Führung des Depotbuches Verpflichteter dieser Pflicht nicht nach, so haftet er nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Strafrechtlich kann er nur im Konkursfall zur Verantwortung gezogen werden[3]).

§ 5.

Das depositum irregulare.

Werden vertretbare Sachen derart hinterlegt, daß der Depositar an den hinterlegten Sachen Eigentum erwirbt und daß er nur verpflichtet ist, Sachen von gleicher Art,

[1]) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 18, S. 233.
[2]) Anderer Ansicht, Staub, a. a. O. S. 220, Bd. I.
[3]) Vgl. KO. § 239 Z. 3 und 4, § 240.

Menge und Güte zurückzugeben oder wird ein über vertretbare Sachen zunächst als depositum regulare geschlossener Vertrag dahin ergänzt, daß der Depositar die Sachen verbrauchen darf, so liegt im ersten Falle sofort, im zweiten mit Aneignung der Sache ein depositum irregulare vor. (§ 700 BGB.) Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend bei der Hingabe erfolgen und ist bis zur Aneignung widerruflich, da nach § 695 BGB. die hinterlegte Sache selbst jederzeit vom Deponenten zurückverlangt werden kann. Im zweiten Falle der Erklärung (§ 700 Satz 2 Abs. 1) braucht der Depositar nicht durch Anzeige an den Deponenten die Aneignung äußerlich kenntlich zu machen, er wird vielmehr mit dem Momente der Aneignung Eigentümer, während er im Falle des § 700 Satz 1 Abs. 1 sofort Eigentum erlangt.

Über die rechtliche Natur des irregulären Verwahrungsvertrags herrschen in der Literatur die verschiedensten Ansichten. Die einen[1]) wollen darin ein Darlehen erblicken, die anderen[2]) eine Abart des Verwahrungsvertrags, noch andere[3]) einen gemischten Vertrag; richtiger Ansicht nach wird man in dem irregulären Verwahrungsvertrag ein Mittelding zwischen Darlehen und Verwahrung sehen müssen.

Auf den Vertrag kommen zum Teil die Vorschriften über das Darlehen, zum Teil die über den Verwahrungsvertrag zur Anwendung, insbesondere regeln sich Zeit und Ort der Rückerstattung nach den Vorschriften über die Verwahrung.

Sollen Wertpapiere in Form eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages hinterlegt werden, so hat der De-

[1]) Vgl. Niemeyer, Depositum irregulare, S. 74 ff., ferner Cosack, a. a. O. S. 548.

[2]) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 519; ferner Oertmann a. a O. Anm. zu § 700 u. a.

[3]) Endemann, Das bürgerliche Recht § 185 Anm. 29 ferner Planck, a. a. O. S. 444.

ponent die Ermächtigung dem Depositar ausdrücklich und schriftlich für den einzelnen Fall zu erteilen[1]). Sie muß zunächst ausdrücklich, d. h. klar und unzweideutig sein, eine Verdunkelung der Absichten der Parteien hinsichtlich des Rechtsgeschäfts darf sich in der Erklärung nicht finden. Durch diese Bestimmung soll auch der unerfahrene Deponent auf die ganze Tragweite der Ermächtigung aufmerksam gemacht werden. Ferner wird eine schriftliche Erklärung gefordert, eine mündliche selbst unter Zuziehung von Zeugen getroffene Vereinbarung würde nichtig sein[2]). Allerdings braucht die Erklärung nicht von dem Deponenten selbst geschrieben sein; ausreichend ist eigenhändige Unterschrift, ev. sein gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen, im übrigen kann der Text von Dritten geschrieben, durch Druck, Hektographie oder sonstwie angefertigt sein. Wesentlich aber ist, daß sie nicht allgemein gültig für alle Geschäfte erteilt werden kann, sondern bei jedem einzelnen Geschäfte besonders abzugeben ist. Wenn daher ein Kunde bei Eingehung einer Geschäftsverbindung mit einem Bankier vorschriftsmäßig unter Anführung des Gesetzestextes die Ermächtigung abgibt, daß für alle zwischen ihnen abgeschlossenen Geschäfte die Vorschriften des § 2 des Depotgesetzes gelten sollten, so wäre eine derartige Vereinbarung nichtig. Bei Lospapieren wird meines Erachtens eine Erklärung im Sinne des § 2, selbst wenn formrichtig und für jedes einzelne Geschäft abgegeben, überhaupt nicht zur Anwendung kommen können, denn es dürfte nicht in der Absicht der Parteien liegen, daß der Depositar berechtigt sein soll, an Stelle eines gezogenen Stückes ein nicht gezogenes zu legen. Die Schriftlichkeit kann unterbleiben, wenn der Deponent selbst Bankier ist. Die Bankiers

[1]) Vgl. Depotgesetz § 2.

[2]) Vgl. Lusensky, Die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, S. 67. Anders: Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch § 700 Anm. 10.

selbst untereinander sind also an ein Formvorschrift nicht gebunden, der Gesetzgeber hatte auch keine Veranlassung, die Schriftlichkeit auf die Bankiers auszudehnen, da sie durch eigene Geschäftskenntnis und Routine hinreichend geschützt sind, und eine derartige Bestimmung auch den Geschäftsverkehr sehr erschweren würde.

Die Ermächtigung kann analog den Bestimmungen des § 700 BGB. in zweifacher Weise vor sich gehen. Der Deponent kann nämlich bestimmen:

1. daß ihm an Stelle der hinterlegten oder verpfändeten Wertpapiere gleichartige zurückzugeben sind,
2. daß der Depositar über die Papiere zu seinem Nutzen verfügen darf[1]).

Während aber merkwürdigerweise das Gesetz in § 2 Abs. 2 für den ersten Fall bestimmt, daß die Vorschriften des § 1 keine Anwendung finden, schweigt es völlig über den zweiten Fall. Hieraus könnte man vielleicht folgern, daß im zweiten Falle die Papiere getrennt aufbewahrt werden müssen, mit anderen Worten, daß der § 1 des Depotgesetzes Anwendung finden solle. Meines Erachtens besagt die Ermächtigung im zweiten Falle, wodurch dem Depositar gestattet wird, zu seinem Nutzen über die Papiere zu verfügen, etwas von der des ersten Falles Verschiedenes, denn sonst würde sie wohl nicht noch speziell vom Gesetzgeber erlassen sein. Ohne zwingenden Grund ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz in zwei verschiedenen Formen denselben Sinn zum Ausdruck bringen wollte. Mir scheint die erste Ermächtigung die weitere und umfassendere zu sein, denn wenn die Ermächtigung erteilt wird, andere gleichartige Stücke zu restituieren, so liegt darin notwendig die Vollmacht, Verfügungshandlungen vorzunehmen. Der Deponent hat gar kein Interesse daran, welche Manipulationen der Bankier an den Papieren vor-

[1]) Vgl. Depotgesetz § 2.

nimmt, er kann sie veräußern, verpfänden oder sonstwie verbrauchen. Dahingegen ist es wohl möglich, über die Stücke zu seinem Nutzen zu verfügen, ohne die Nummernidentität aufzuheben, so durch Lombardierung (Weiterverpfändung). Würden die Erklärungen im umgekehrten Verhältnisse zueinander stehen, wie Riesser[1]) annimmt, so würde der Gesetzgeber auch für den zweiten Fall wohl die Nichtanwendbarkeit des § 1 speziell erwähnt haben.

Wie die Ermächtigungen inhaltlich voneinander verschieden sind, so ist auch bezüglich der Rechtsfolgen ein Unterschied vorhanden. Was zunächst die erste Ermächtigung anlangt, wodurch dem Depositar gestattet wird, gleichartige Stücke zurückzugeben, so können Zweifel entstehen, in welchem Augenblicke der Deponent das Eigentum der Stücke verliert, um lediglich statt dessen einen obligatorischen Anspruch auf Leistung in genere zu haben. Das Reichsgericht[2]) vertritt den Standpunkt, daß die Übergabe der Papiere mit der erwähnten Ermächtigung an sich und allein den Eigentumsübergang nicht perfizieren könne, daß vielmehr für den Übergang des Eigentums weiter ein auf Grund der Ermächtigung erfolgender Aneignungsakt erforderlich sei, der regelmäßig in der endgültigen Verfügung über die Papiere oder auch in der unterschiedlosen mit der Absicht des Eigenerwerbs verknüpften Vermengung mit anderen Wertpapieren zu finden sein werde.

Dem Reichsgericht ist meines Erachtens darin beizupflichten, daß das Bankdepotgesetz nicht den Zweck hat, Bestimmungen bezüglich der Frage des Eigentumsübergangs hinterlegter oder verpfändeter Wertpapiere zu treffen, wohl aber ist daran festzuhalten, daß das Gesetz in erster Linie die Kunden des Bankiers schützen will und aus diesem Zweck

[1]) Vgl. Riesser, a. a. O. S. 30. Ferner Adler, a. a. O. S. 40.

[2]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 52 S. 202 ff. Siehe auch Entsch. d. RG. Bd. 58 S. 287. Ferner Riesser, a. a. O. S. 30. Siehe auch Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 499.

heraus dürfte sich auch die Entscheidung bezüglich des Eigentumsübergangs nur in Verbindung mit den Vorschriften des GBG. § 929 ff. lösen. Nähme man mit dem Reichsgericht an, daß ein Aneignungsakt für den Eigentumsübergang erforderlich sei, so würde die Tendenz des Gesetzes ernstlich in Frage gestellt. Der Bankier wäre stets in der Lage zu behaupten, den Aneignungsakt noch nicht vorgenommen zu haben und damit bei Verlust der Effekten durch höhere Gewalt (Feuersbrunst) den Schaden auf den Kunden abzuwälzen, ein Ergebnis, dem das Gesetz meines Erachtens gerade hat entgegenwirken wollen.

Auch erübrigte sich eine Ermächtigung, über die Effekten zu seinem Nutzen zu verfügen, da eine solche Verfügung schon zur Vollendung der Ermächtigung des ersten Falles erforderlich ist (nach Ansicht des Reichsgerichts). Die Unterscheidung ferner, die das Reichsgericht in der Hinsicht macht, daß der Verwahrer nur berechtigt ist, seiner Verpflichtung zur Rückgewähr der ihm übergebenen Papiere sich dadurch zu entledigen, daß er dem Deponenten andere gleichartige Papiere übergibt, daß sonach auf seiner Seite eine alternative Verpflichtung bestehe, kann zugunsten der Eigentumsübertragung durch Aneignungsakt nicht ins Gewicht fallen, weil das Gesetz unmöglich dem Depositar weitgehende Befugnisse gegeben, dem Deponenten dagegen Nachteile auferlegt haben kann.

Nach alledem ist daher meines Erachtens anzunehmen, daß mit der Übergabe auch der beiderseitige Eigentumsübertragungswille (Aneignung) vorhanden ist, sofern nicht besondere Umstände ergeben, daß das Eigentum erst mit einem Aneignungsakt übergehen soll.

Anders liegt die Sache bei der Ermächtigung, daß der Depositar über die hinterlegten Papiere zu seinem Nutzen verfügen darf. Hier wird der Depositar nicht mit Empfang der Erklärung bereits Eigentümer, sondern erst mit der Verfügung über die Papiere zu seinem Nutzen, bis dahin steht

das Eigentum an denselben noch dem Deponenten zu, denn erst mit der Aneignung gibt der Depositar seinen Willen kund, Eigentum an den Effekten zu erwerben. Bis dahin war der Erwerbswille aufschiebend bedingt durch die Tatsache der Verfügung. Daher ist der Bankier auch zur getrennten Aufbewahrung bis zur Verfügung verpflichtet und muß die Eintragung ins Depotbuch vornehmen. Allerdings hat der Bankier ein Verfügungsrecht über die Papiere, aber macht er davon keinen Gebrauch, so bleibt das Eigentum für den Kunden bestehen, und er muß dieselben Papiere zurückerstatten. Verfügt er aber über die Papiere, so geht in dem Augenblick das Eigentum des Kunden unter, und er hat nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Bankier zur Rückgabe in genere. Die Ermächtigung des zweiten Falles hat also lediglich den Zweck, die Aktionsfähigkeit des Bankiers im Interesse des Kunden für den Fall zu heben, daß eine günstige Gelegenheit eine selbständige Verfügung des Bankiers erforderlich macht.

Die augenfälligste praktische Bedeutung der entwickelten Ansicht tritt uns im Konkurse des Depositars entgegen. Während dem Deponenten eines regulären Depots fraglos ein Aussonderungsrecht zusteht, muß bei einer irregulären Verwahrung mit einer erteilten Ermächtigung stets genau untersucht werden, ob Eigentum auf den Depositar übertragen ist oder nicht.

Nach der vertretenen Ansicht würde dem Deponenten im Falle einer Ermächtigung auf Rückerstattung in genere niemals ein Aussonderungsrecht zustehen, sondern er mit seiner Forderung lediglich auf die Stellung eines gewöhnlichen Konkursgläubigers angewiesen sein. Im Falle der Ermächtigung zu einer Verfügung hingegen würde der Nachweis offenstehen, ob der Depositar bereits eine Verfügung im Sinne der erteilten Ermächtigung getroffen hätte oder nicht. Je nach Ausfall würde der Deponent die Stellung eines aussonderungsberechtigten Eigentümers oder nur

die mindergünstigere eines Konkursgläubigers einnehmen müssen.

§ 6.

Zwischenstufen zwischen dem depositum regulare und irregulare.

Neben dem regulären und irregulären Depot haben sich im Laufe der Zeit in der Geschäftspraxis noch andere Depotarten ausgebildet, die man streng genommen weder zu der einen Depotart, noch zu der andern rechnen darf, und die einer speziellen Regelung im Depotgesetz entbehren. Ihre Entstehung ist wohl darauf zurückzuführen, daß man in der Praxis eine Vertragsart suchte und fand, durch die sowohl Arbeit und Zeit erspart wurde als auch der Depositar aktionsfähiger wurde, ohne daß für den Deponenten die Gefahren eines depositum irregulare eintraten.

I. Die erste dieser im Verkehr herausgebildeten Vertragsarten ist das sog. Sammel- oder Vermengungsdepot. Werden Wertpapiere bei einem Bankier in der Weise hinterlegt, daß derselbe berechtigt ist, die übergebenen Stücke mit andern derselben Gattung zu vermengen und nur diese verschiedenen Eigentümern gehörenden Stücke als ein Ganzes gesondert aufzubewahren, so liegt ein Depot vorgezeichneter Art vor. Daß zum Zustandekommen eines derartigen Depots eine besondere Vereinbarung nötig ist, bedarf kaum der Erwähnung, und zwar muß die Ermächtigung meines Erachtens analog dem depositum irregulare stets schriftlich und ausdrücklich erteilt werden, andernfalls würde man im Zweifel einen regelmäßigen Verwahrungsvertrag für geschlossen erachten müssen. Das Sammeldepot dürfte rechtlich dem im § 419 HGB. geregelten Verhältnisse entsprechend zu behandeln sein. Der Deponent gibt zwar sein Recht, dieselben Stücke zurückzuverlangen, auf, er verlangt lediglich die Rückgabe einer Sache gleicher Art und Güte. Ob

er mit einer derartigen Ermächtigung nur auf die Nummernidentität verzichten will oder ob ihm auch der Nominalwert der einzelnen Stücke gleichgültig ist, sofern nur die Gesamtsumme bei der Rückgabe dieselbe ist, scheint zweifelhaft. Meines Erachtens ist anzunehmen, daß er nur auf die Nummernidentität verzichten will, nicht aber auf die Größe der hingegebenen Appoints. Denn die kleinen Stücke haben, da im Verkehr sehr beliebt, meistens einen höheren Kurs. Aus diesem Grunde wird man daher, wenn nicht besondere Umstände eine andere Annahme rechtfertigen, im Zweifel annehmen müssen, daß der Deponent nur auf die Nummernidentität verzichten will. So z. B., wenn 1000 £ japanische Anleihe in 20 £-Stücken deponiert sind, müssen auch 50 Stück à 20 £ zurückerstattet werden und nicht ein Stück à 1000 £.

Durch die Vermengung der hingegebenen Papiere mit dem Gesamtgut verliert der Deponent sein bisheriges Alleineigentum und erlangt Miteigentum an dem Sammelgut[1]). Die Anteile der einzelnen Deponenten bestimmen sich nach dem Verhältnis der von ihnen hingegebenen Stückzahl zur Zahl der im Sammeldepot befindlichen Stücke. Es entsteht also Miteigentum nach Bruchteilen, kein Gesamthandsverhältnis[2]). Der Depositar führt für jeden Deponenten ein Konto, auf dem der Nominalwert der deponierten Papiere vermerkt ist. Der Depositar erlangt selbst kein Eigentum am Gesamtgut, er kann freilich Miteigentümer werden, indem er eigene Papiere zu dem Sammeldepot legt, doch darf dies der Vereinbarung nicht zuwiderlaufen[3]). Keineswegs dient das Sammeldepot als Kreditunterlage für den Bankier, daher darf er Verfügungen zu seinem Nutzen nicht vornehmen, wohl aber als Vertreter des Deponenten durch Aussonderung

[1]) Vgl. Koref, Die verschiedenen Arten von Wertpapieren juristisch charakterisiert, S. 28 ff.

[2]) Vgl. Dernburg, a. a. O. Bd. 2, S. 521.

[3]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 21, S. 38.

aus dem Sammelgut wieder Alleineigentum für denselben schaffen. Dazu braucht er die Genehmigung der übrigen Gemeinschaftsgenossen ebensowenig, wie deren Erlaubnis, die Papiere eines neuen Kunden mit dem Sammelgut zu vermengen. Denn es liegt ein Vertragsverhältnis vor zwischen dem Bankier als dem Vertreter der Gesamtheit einerseits und dem einzelnen Hinterleger andererseits, dagegen besteht kein Vertrag zwischen den einzelnen Deponenten untereinander.

Das Miteigentum wird in der Regel erst durch die Vermengung der hingegebenen Effekten mit denen des Sammelguts geschaffen. Meines Erachtens genügt es aber auch, wenn der Bankier einen auf die Vermengung hinzielenden Akt vornimmt, etwa in dem Depotbuche vermerkt, daß die übergebenen Papiere zu einem bestimmten Sammeldepot gehören. Ein derartiger Akt muß aber unbedingt gefordert werden, da es sonst vollständig unentschieden wäre, an welchem Sammeldepot, wenn etwa mehrere derselben Gattung vorhanden wären, der Deponent Eigentum erlangt.

Der Deponent bleibt bis zur Erlangung des Miteigentums Alleineigentümer und trägt bis dahin die Gefahr allein; durch das Miteigentum fallen Gefahr und Verlust allen Deponenten zur Last[1]).

Beim Konkurse des Depositars haben die Miteigentümer eines Sammeldepots ein Aussonderungsrecht.[2])

Jeder Miteigentümer ist hinsichtlich seines ideellen Anteils völlig selbständiger Eigentümer. Er kann über ihn frei verfügen, über den Anspruch auf Herausgabe an alle Miteigentümer indes nur in der Art der Hinterlegung bzw. der Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer[3]).

Das Sammeldepot findet sich hauptsächlich bei Depotverträgen, die Bankiers untereinander abschließen. Das

[1]) Vgl. Adler, a. a. O. S. 43.

[2]) Vgl. Dernburg, a. a. O. Bd. 2 § 352. Siehe auch Entsch. d. RG., Bd. 21 S. 37 ff. Ferner Staub, a. a. O. Bd. 2. Exkurs § 424.

[3]) (BGB. § 1011 und § 432.) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 280.

bekannteste Beispiel eines solchen ist das Giroeffektendepot des Berliner Kassenvereins. Dieses Bankinstitut bildet ähnlich wie „The Bankers Clearing House“ in London, eine Abrechnungsstelle für die Berliner Bankiers, von denen jeder dort ein Girokonto hat. Die Bank nimmt von den verschiedenen Bankiers Effekten in Verwahrung mit der Maßgabe, dieselben nicht nach den einzelnen Hinterlegern, sondern nach Gattungen gesondert aufzubewahren. Der Einlieferer gibt sein Recht, bestimmte Stücke und Nummern zurückzuverlangen, auf. Verfügungen über die Papiere kann die Bank nur auf Anordnung dessen, für den sie deponiert sind, vornehmen, insbesondere hat die Bank kein Recht, sich zur Eigentümerin der übernommenen Stücke zu machen[1]). Verfügungen über die Depots werden von den Kunden mittels Schecks getroffen.

Findet bei Umsätzen eine effektive Aushändigung der Wertpapiere nicht statt, sondern wird nur auf dem Konto des einen Kunden (Verkäufers) eine Belastung vorgenommen, während die Papiere dem andern (Käufer) gutgeschrieben werden, so kommt ein roter Scheck zur Verwendung, sollen die Papiere tatsächlich ausgeliefert werden, so bedient man sich eines weißen Schecks, ein grüner Scheck dagegen wird bei der Verpfändung von Wertpapieren benutzt[2]).

II. Die zweite Abart des regulären Depots bildet das sog. Summendepot. Es liegt vor, wenn Papiere dem Depositar zwar zur gesonderten Aufbewahrung übergeben sind, diesem jedoch die Befugnis zusteht, an Stelle der hinterlegten jederzeit andere gleichartige Papiere zu substituieren. Der Deponent bleibt Eigentümer der für ihn im Depot liegenden Stücke und hat als solcher beim Konkurs des Depositars ein Aussonderungsrecht. Manche Schriftsteller bezeichnen als Summendepot das depositum irregulare

[1]) Vgl. Salings Börsenpapiere Bd. 1 S. 510 ff.

[2]) Vgl. Bedingungen des Berliner Kassenvereins § 8 Abs. 2 (in Salings Börsenpapiere, S. 510 ff.).

schlechthin[1]). Diese Auffassung erscheint aber meines Erachtens um deswillen nicht richtig, weil, wie bereits oben näher dargelegt wurde, beim depositum irregulare eine Pflicht zur gesonderten Aufbewahrung überhaupt nicht besteht.

Die juristische Konstruktion des Summendepots bietet wesentliche Schwierigkeiten. Es sind in dieser Hinsicht mannigfache Versuche gemacht worden, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, weil die erwähnte Vertragsart praktisch nicht mehr bedeutsam ist und daher auf ein großes Interesse Anspruch nicht mehr erheben kann. Richtig ist meines Erachtens die von Koref[2]) vertretene Konstruktion, wonach eine Tradition an den Depositar mit der Befugnis stattfindet, daß er zwar Stücke aus dem Depot des Kunden nehmen darf, aber nur unter der Bedingung, daß er Eigentum an denselben nicht eher erlangen kann, als bis er eine gleiche Anzahl gleichartiger Stücke substituiert hat. Der Bankier wird daher nur unter der aufschiebenden Bedingung einer Substituierung gleichwertiger Papiere Eigentümer der entnommenen. Tritt die Bedingung der Substituierung infolge irgendeines Umstandes nicht ein, so ist auch das Eigentum des Deponenten an den hinterlegten Papieren niemals verloren gegangen, während nach Eintritt der Bedingungen sich das Eigentum ohne weiteres auf die substituierten Papiere erstreckt[3]). Daß eine derartige Handlung nicht ohne einen darauf gerichteten Willen vor sich gehen kann, bedarf keiner Erwähnung. Nimmt der Depositar Papiere aus dem Depot, ohne sie zu ersetzen, so liegt Unterschlagung vor, vorausgesetzt, daß der Ersatzwille fehlt, also der Wille auf eine widerrechtliche Zueignung gerichtet ist. Die von

---

[1]) Vgl. Dernburg, a. a. O. Bd. 2 S. 519. Ferner Staub, a. a. O. Bd. 2 Exkurs zu § 424.

[2]) Vgl. Koref, a. a. O. S. 21 ff.

[3]) Vgl. BGB. § 158.

v. Schey[1]) versuchte Konstruktion mit Hilfe der Quantitätsvindikation des gemeinen Rechts, wonach dem Kunden, aus dessen Depot der Depositar Effekten entnimmt, eine gleiche Anzahl gleichwertiger Wertpapiere aus den Beständen des Bankiers dinglich verfangen sein soll, ist meines Erachtens völlig unhaltbar, denn abgesehen davon, daß Eigentum nur an genau bestimmten Sachen bestehen kann, würde in dem Falle, wo der Depositar keine oder doch eine nicht hinreichende Anzahl Wertpapiere derselben Gattung besitzt, die Konstruktion praktisch versagen. Man wird daher aus oben gedachten Gründen die von Koref aufgestellte Konstruktion vorziehen müssen.

§ 7.

Das Sicherheitsdepot.

In dem bisher Besprochenen handelte es sich stets um Fälle, bei denen der Bankier auf Grund eines Verwahrungsvertrages in den Besitz der Wertpapiere gelangte. Es können nun aber auch durch Pfandvertrag Wertpapiere in Gewahrsam eines Bankiers gelangen. Das Depotgesetz hat auch diesen Fall, gleichzeitig mit dem Verwahrungsvertrage, geregelt, denn es spricht von Wertpapieren, die „zur Verwahrung oder als Pfand“ übergeben sind[2]). Der Pfandvertrag ist seiner rechtlichen Natur nach kein Depositum, weil die Verwahrung nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck ist. Es können nun Papiere hinterlegt sein auf Grund eines Pfandvertrages mit dem Bankier oder als Kaution für einen Dritten, z. B. Beamtenkaution; im letzten Falle liegt für den Bankier ein reiner Verwahrungsvertrag vor, er erwirbt daran kein Pfandrecht.[3]) Sind Wertpapiere im kaufmännischen

[1]) Vgl. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts, Bd. 1 S. 377 ff.

[2]) Vgl. Depotgesetz § 1.

[3]) Vgl. BGB. § 1204 ff., § 232 ff.

Verkehr in der Weise übergeben, daß sie als Unterlage eines bereits gewährten oder zu gewährenden Kredits dienen, so liegt ein Pfandvertrag vor[1]). Für die Entstehung des Pfandrechts ist nach den allgemeinen Vorschriften erforderlich, daß die Parteien über die Bestellung des Pfandrechtes einig sind und der Gläubiger sich im Besitze der Sache befindet. Bei Kaufleuten, die untereinander in Geschäftsverbindung stehen, bilden die Wechsel, Aktien und sonstigen Wertpapiere, die der andere für Rechnung resp. im Auftrage des Gegenkontrahenten in Händen hat und die er noch in seine Hände bekommen wird, einen genügend bestimmten Gegenstand, um ein Pfandrecht daran zu bestellen[2]).

Ein Sicherheitsdepot liegt auch dann vor, wenn der Bankier wegen fälliger Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht an dem Depot hat. Die als Sicherheitsdepot in seinem Gewahrsam befindlichen Papiere hat der Bankier unter Befolgung des § 1 des Depotgesetzes aufzubewahren. Eigentümer bleibt der Verpfänder, wenn nichts anderes vereinbart ist, und zwar muß eine derartige abweichende Vereinbarung im Sinne des § 2 des Depotgesetzes auch hier ausdrücklich und schriftlich erteilt werden. Im übrigen können genau dieselben Modifikationen vorkommen, wie beim reinen Verwahrungsvertrag, und es kann daher hier auf das früher Gesagte verwiesen werden.

Eine besondere Art der Verpfändung von Wertpapieren stellt das sog. Lombardgeschäft dar[3]). Es dient zur Sicherung und als Unterpfand für Darlehen, die der Bankier dem Kunden gewährt, es kombiniert sich aus einem Darlehnsgeschäft auf seiten des Bankiers und einem Depotgeschäft auf seiten des Kunden. Der Bankier hat an den hingegebenen Papieren ein Pfand- und Retentionsrecht.

[1]) Vgl. v. Pechmann, Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere § 8.

[2]) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 15, S. 423 ff.

[3]) Vgl. oben S. 32.

Da das von dem Bankier hingegebene Darlehen stets denselben Wert hat, Wertpapiere aber bekanntlich häufigen Kursschwankungen ausgesetzt sind, so ist auch die Höhe des Kredits, je nach dem Stande des Kurses, eine verschiedene. Sind die Kurse so weit zurückgegangen, daß der Wert der Papiere nicht mehr dem vom Bankier gegebenen Darlehen gleichsteht, so kann Nachschuß vom Darlehensnehmer gefordert werden. Kommt der Kunde der Aufforderung, weitere Sicherheit zu bestellen oder einen Teil des Darlehens zurückzuzahlen, nicht nach, so wird das Darlehen fällig, und der Bankier kann die Papiere nach Androhung verkaufen lassen und sich aus dem Erlös befriedigen. Das Lombardgeschäft findet besonders im Verkehr der Banken untereinander viel Verwendung und dient dazu, möglichst schnell Kapitalien flüssig zu machen. Die Beleihung der verschiedenen Wertpapiere ist eine verschiedene. In der Regel werden gute Industriepapiere mit 50 %, ausländische Staatsanleihen mit 60 %, Anleihen deutscher Staaten und größerer Städte mit 75 % ihres Wertes beliehen[1]).

Beim Konkurse des Bankiers ist zu untersuchen, ob der Depositar Eigentümer der verpfändeten Wertpapiere geworden ist oder nicht. Im letzteren Falle hat der Verpfänder ein Aussonderungsrecht, vorbehaltlich des Anspruchs des Bankiers. Der Eigentümer kann nur den die Forderung des Bankiers übersteigenden Mehrerlös oder den verbleibenden Rest aus der Masse fordern.

§ 8.

Das Tresordepot.

Infolge der von Jahr zu Jahr sich mehrenden Einbruchsdiebstähle, bei denen ein gewöhnlicher Geldschrank keine genügende Sicherheit mehr bietet, suchte und schaffte die moderne Technik in den Stahlkammern Sicherheitsein-

[1]) Vgl. BGB. § 234 Abs. 3.

richtungen, die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge einen Verlust der darin aufbewahrten Sachen durch Feuer oder Einbruch zu den seltenen Ausnahmeerscheinungen machen müssen. Diese in neuester Zeit noch immer mehr vervollkommneten Tresoranlagen bieten die denkbar größte Sicherheit in jeder Hinsicht, und es ist auch bis auf den heutigen Tag ein Einbruch in derartige Anlagen meines Wissens noch nicht gelungen.

Bevor wir näher auf den rechtlichen Charakter des Schrankfachvertrages eingehen, scheint es nicht uninteressant, sich mit der Einrichtung einer derartigen Stahlkammer modernster Art bekannt zu machen. Die Tresoranlagen der großen Bankhäuser befinden sich im allgemeinen im Erdgeschoß des Bankgebäudes, zuweilen auch in einem sogen. Safeturm[1]). Der Weg führt nicht sofort in den eigentlichen Tresorraum, sondern zunächst in einen Vorraum, nachdem man dem aufsichtführenden Beamten das Paßwort (Schlüsselwort) genannt hat. Schon dieser Raum in seiner soliden Bauart, mit seinen festen Türen und stark vergitterten Fenstern gibt dem Eintretenden eine Gewähr dafür, daß er sich wegen eines Verlustes der hinterlegten Sachen keine Sorgen zu machen braucht. Hier findet sich eine Anzahl Zellen, Kojen genannt, von denen jede mit Tisch, Stuhl, Schere. Schreibmaterialen und sonstigem Zubehör ausgestattet ist, wo der Kunde ungestört und unbeobachtet seine geschäftlichen Angelegenheiten erledigen kann. Von diesem Vorraum aus gelangt man zur Stahlkammer selbst. Aufgebaut aus schweren Klinkersteinen, die durch eiserne Klammern und Zement fest miteinander verbunden sind, und deren Boden und Gewölbe aus gleicher Masse hergestellt ist, erscheint sie als ein unzerstörbares Bauwerk. Eiserne Träger und Schienen durchziehen die einzelnen Steinreihen,

[1]) Vgl. Wilutzky, Miete mit doppeltem Verschluß. (Deutsche Juristenzeitung, Bd. 5, S. 295.)

um ihnen einen besseren Halt und größere Festigkeit zu gewähren und bei einem etwaigen Brande des Bankgebäudes einen Zusammensturz unmöglich zu machen. Dieses feste Kellergewölbe ist innen überdies noch mit starken Stahlpanzerplatten versehen, so daß es im Innern einer eisernen Kiste nicht unähnlich sieht. Zwischen der eisernen Täfelung und dem Mauerwerk selbst befindet sich noch in der Regel eine Schicht von Asche oder Asbest, wodurch bei einem Brande die Glut des Feuers wesentlich gemindert wird. Der einzige Eingang wird durch eine schwere, eiserne Tür, die gleichfalls aus dicken Stahlpanzerplatten angefertigt ist, zwischen denen Asche und Asbest lagern, verschlossen. An der Tür selbst befindet sich ein äußerst kompliziertes Schloß, zu dessen Schließung und Öffnung man zweier, mitunter dreier Schlüssel bedarf. Die Türriegel fassen an allen vier Seiten in den Stahlrahmen, in dem sich die Tür bewegt, so daß ein Ausheben derselben bei Verschluß unmöglich ist. Die moderne Technik hat sich mit diesen Sicherheiten noch nicht begnügt. Neuerdings hat man an einer solchen Stahlkammertür noch ein besonderes Kombinationsschloß angebracht. Dieses Schloß ist auf bestimmte Zahlen eingestellt, und erst nachdem die richtige Reihenfolge festliegt, können die weiteren Schlösser der Tür geöffnet werden. Diese Kombinationsschlösser sind meistens so fein gearbeitet, daß es selbst für den Kenner schwierig ist, die Tür zu öffnen, da oft schon ein geringes Zittern der Hand genügt, um eine Feststellung der Zahlenreihe zu vereiteln. Um in den Geschäftsstunden ein mehrmaliges Öffnen und Schließen der schweren Tresortür zu vermeiden, ist meistens noch eine zweite aus starken Eisenstäben gefertigte Gittertür vorhanden. An den Wänden der Stahlkammer entlang stehen teils frei, teils fest mit denselben verankert, große eiserne Schränke, die in einzelne Fächer, die sog. Safes, eingeteilt sind. Jedes der einzelnen Schrankfächer ist doppelt verschließbar, wozu in der Regel Kunde und Bankier je

einen Schlüssel haben. Außerdem kann zur weiteren Sicherheit von dem Kunden noch ein Vorlegeschloß angebracht werden. In dem Fach befindet sich ein gleichfalls verschließbarer Blechkasten, der zur Aufnahme der zu deponierenden Sachen dient.

In der Kassette dürfen nur die von der Bank in ihren Depotbestimmungen angegebenen Sachen verwahrt werden, insbesondere darf der Deponent keine die Einrichtung der Bank irgendwie gefährdende Gegenstände, etwa feuergefährliche Sachen, Sprengstoffe u. dgl. einlegen[1]). Daher kann sich die Bank zwecks Befolgung dieser Vorschrift Einsicht in den Safe vorbehalten.

Wenden wir uns nun der rechtlichen Seite des Tresordepots zu. Die Merkmale zweier Arten von Verträgen des BGB. springen uns beim Schrankfachvertrag ohne weiteres ins Auge, nämlich ein Verwahrungs- und ein Mietsvertrag. Es entsteht die Frage: Ist der Safevertrag ausschließlich ein Verwahrungs- oder ein Mietsvertrag, oder liegt eine Verbindung der beiden Vertragsarten vor? In der Literatur ist die Frage bestritten. Die einen[2]) nehmen einen reinen Verwahrungsvertrag an, andere[3]) sehen darin einen Mietsvertrag, noch andere[4]) nehmen eine Mischform von Verwahrungs- und Mietsvertrag an, ähnlich dem darlehensartigen Verwahrungsdepot.

Läge — um damit zu beginnen — ein gewöhnlicher

[1]) Vgl. Bestimmungen über die Vermietung von eisernen Schrankfächern in der Stahlkammer der Deutschen Bank.

[2]) Vgl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 100 Anm. Ferner Staub, a. a. O. Bd. 2. Exkurs zu § 424, ferner Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 495 u. a.

[3]) Vgl. Brückner, Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn der Bankier Tresorfächer gegen Entgelt überläßt? (Zeitschrift „Das Recht", 6. Jahrg. S. 251.)

[4]) Heinrici, Die Verträge über d. Benutzung v. Schrankfächern in Stahlkammern. (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 4. Jahrg. S. 820.)

Mietvertrag vor, so kämen die §§ 535 ff. BGB. zur Anwendung und der Bankier würde die Verpflichtung eines Vermieters haben. Nach § 535 BGB. ist erforderlich, daß der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit gewährt und sie während der Mietzeit in einem gebrauchsmäßigen Zustande erhält. Der Mieter ist dagegen verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu zahlen. Diese Momente treffen anscheinend beim Kassenschrankfachvertrage zu. Der Bankier überläßt dem Kunden ein Schrankfach in seiner Stahlkammer und trägt für eine ordnungsmäßige Instandhaltung desselben Sorge. Der Kunde hat das Recht, den gemieteten Safe zum Zwecke der Aufbewahrung von Wertpapieren, Kostbarkeiten u. dgl. m. zu benutzen. Dieser Auffassung hat sich auch die französische Rechtsprechung angeschlossen[1]).

Indes sprechen meines Erachtens doch gewichtige Momente gegen die Annahme eines reinen Mietvertrages. Denn einmal gehen die Pflichten eines Bankiers beim Safevertrag weiter als die eines einfachen Vermieters. So muß er neben der Instandhaltung der Stahlkammer auch für die Überwachung Sorge tragen, insbesondere Obacht geben, daß kein Unbefugter sich den Inhalt des Safe aneignet, andererseits ist der Kunde in seiner Verfügungsgewalt durch die Mitwirkung des Bankiers beim Öffnen wesentlich eingeengt.

Damit stoßen wir auf Elemente, die einem Verwahrungsvertrag eigentümlich sind oder diesem doch sehr nahe kommen. Nach § 688 BGB. liegt ein Verwahrungsvertrag vor, wenn dem Verwahrer eine bewegliche Sache übergeben wird und dieser sich verpflichtet, die übergebene Sache aufzubewahren. Beim Schrankfachvertrag übergibt zwar in der Regel nicht der Kunde dem Bankier persönlich die zu deponierenden Sachen, sondern legt sie selbst in

[1]) Vgl. Entsch. d. Pariser Appellationsgerichts v. 1. Juli 1903. (Holdheims Monatsschrift für Handels- und Aktienrecht. Jahrg. 13. S. 96.)

die Blechkassette und stellt diese in den Safeschrank. Eine Übergabe gewissermaßen in die Hand des Bankiers ist aber auch zur Anwendung des § 688 nicht erforderlich. Nötig ist nur, daß die zu übergebende Sache in eine Lage gebracht wird, daß der Verwahrer seine Pflichten auch auszuüben vermag. So kann man z. B. einen Schirm zur Verwahrung übergeben, indem man ihn unter entsprechender Mitteilung an einen im Machtbereiche des andern liegenden Ort stellt.

Auch zur sorgfältigen Aufbewahrung des Depots, wie sie § 688 für den Depositar erheischt, ist der Bankier bei Eingehung eines Schrankfachvertrages verpflichtet, wenigstens indirekt durch die ordnungsmäßige Instandhaltung der Tresoranlage. Weitere Momente, die für einen Verwahrungsvertrag sprechen, sind in der Absicht der Parteien zu suchen. Der Kunde geht einen Schrankfachvertrag ein, nicht allein, weil er seine Sachen in einer feuer- und diebessicheren Stahlkammer untergebracht wissen will, sondern vornehmlich auch, weil er der Person des Verwahrers großes Vertrauen entgegenbringt. Denn was nützen ihm alle noch so sicheren Stahlkammern und alle Safes, wenn er sich nicht auf die Treue seines Bankiers verlassen kann! Wer bürgt ihm dafür, daß der Bankier nicht noch einen Nachschlüssel zu dem betreffenden Tresorfach besitzt oder es gar mit Gewalt öffnet, was bei einem einzelnen Fache nicht allzu große Schwierigkeiten bieten dürfte.

Nach alle diesem ist es meines Erachtens gerechtfertigt zu sagen, daß die Absicht der Parteien in erster Linie auf einen Verwahrungsvertrag hinzielt, wenngleich in der Praxis ausschließlich von einem Mietvertrage gesprochen wird. Dadurch, daß der Bankier die peinlichste Sorgfalt auf die Bewachung der Stahlkammer verwendet, gibt er deutlich zu verstehen, daß er nicht allein die Pflichten eines Vermieters, sondern vor allem die eines Verwahrers beobachten will.

Auch die Entwicklungsgeschichte des Tresordepots spricht für die Annahme eines Verwahrungsvertrags. Der Safevertrag ist keineswegs ein aus einem Mietverhältnisse entstandenes Gebilde, in das sich im Laufe der Zeit Verwahrungselemente gemischt haben, sondern sein Ursprung liegt in dem reinen Verwahrungsvertrag, der erst durch die Mittel der modernen Technik gewisse Formen eines Mietvertrages angenommen hat. Erst langer Entwicklung hat es bedurft, bis das streng reguläre Depot seine heutige Vollkommenheit im Safe erlangt hat.

Nicht durchschlagend ist aber meines Erachtens der von Wettstein[1]) angeführte Grund, daß namentlich die hohe Vergütung, die zu dem kleinen Raum in keinem Verhältnisse stehe, für einen Verwahrungsvertrag spreche. Nicht die Verwahrungspflicht des Bankiers soll vornehmlich bezahlt werden, sondern die bequeme, sichere und vorzügliche Einrichtung. Das hohe Entgelt soll ein Äquivalent für die Herstellung der kostspieligen Anlage sein, die sich verzinsen muß, also die Güte des Raumes, nicht die Größe soll bezahlt werden. Dies ergibt sich auch daraus, daß die verschlossenen Depots früher unentgeltlich aufbewahrt wurden und daß auch heute noch die Gebühr für solche nicht im Safe ruhende Depots sehr gering ist. Würde aber die Ansicht Wettsteins richtig sein, dann müßte folgerichtig auch die Gebühr für einfache verschlossene Depots bedeutend höher sein, weil hier doch die Person des Bankiers einzig und allein Verwahrer ist, mithin das Entgelt lediglich für die Aufbewahrungen bezahlt wird.

Wie dem auch sei, jedenfalls sprechen, wie wir gesehen haben, schwerwiegende Momente für einen Verwahrungsvertrag, so daß wir diesen beim Tresordepot in den Vordergrund rücken müssen. Allerdings lassen sich dabei Elemente der Miete nicht gänzlich abstreifen. Wir stellten oben[2]) den

[1]) Vgl. Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft, S. 44 ff.
[2]) Vgl. oben S. 20.

Verwahrungsvertrag als Realkontrakt hin und müssen sonach diesen Standpunkt auch beim Tresordepot vertreten.

Es erhebt sich weiter die Frage, welche rechtlichen Folgen sich ergeben, wenn der Kunde ohne Wissen des Bankiers seine Sachen aus dem Safe nimmt. Ist damit der Vertrag als beendet anzusehen? Bei einem reinen Verwahrungsvertrag könnte der Kunde doch unbedingt einen Teil seines gezahlten Entgeltes zurückverlangen. Meines Erachtens liegt die Sache so: Der Kunde mietet die im Tresorfach stehende Blechkassette, in diese legt er seine Sachen und übergibt sie dann dem Bankier gewissermaßen als ein verschlossenes Depot zur Verwahrung. Nimmt der Deponent die Papiere aus der Kassette, so läuft doch der Mietvertrag weiter, und das Entgelt kann nicht zurückgefordert werden.

Eigentümer an den im Safe ruhenden Effekten bleibt der Kunde. Dahingegen liegt die Frage nahe, wer Besitzer der Effekten ist. Wettstein[1]) spricht der Bank den Alleinbesitz zu, er legt dar, daß die Bank allein die tatsächliche Gewalt über die hinterlegte Sache habe und sucht dies einerseits negativ dadurch zu beweisen, daß er dem Kunden die Verfügungsgewalt abspricht, andererseits positiv dadurch, daß der Bankier in der Lage sei, sich mit Gewalt den Besitz zu verschaffen. Allein meines Erachtens sind die von ihm angeführten Gründe nicht stichhaltig. Zuzugeben ist, daß die tatsächliche Verfügungsgewalt des Deponenten wesentlich dadurch eingeengt ist, daß er nur zu bestimmten Stunden in die Stahlkammer gelangen kann und auch in diesen noch auf die Hilfe des Bankiers angewiesen ist. Aber durch sein Mitverschlußrecht hat er doch unbedingt auch ein Mitbesitzrecht. Gerade darum hat er doch den Safe gemietet, weil er eine Art Mitverwahrung und Kontrolle ausüben will. Ist aber andererseits der Bankier etwa Allein-

[1]) Vgl. Wettstein, a. a. O. S. 33 ff.

besitzer, ist er nicht auch von seinem Kunden abhängig, um rechtmäßig Besitz an den im Safe ruhenden Effekten ausüben zu können? Ob er sich freilich ohne seinen Kunden mit Gewalt oder auf andere unrechtmäßige Weise Besitz verschaffen kann, ist eine andere Frage, aber daraus folgt doch nicht, daß er tatsächlich bereits Alleinbesitzer ist. Selbstverständlich kann jemand unrechtmäßigerweise Alleinbesitzer werden, aber in unserem Falle kommt es doch nicht darauf an, daß er es werden kann, sondern daß er es ist, und das muß man verneinen. Auch der Dieb ist nicht eher Alleinbesitzer, als bis er tatsächlich über die gestohlene Sache verfügt. Demnach ist also der Bankier nicht Alleinbesitzer der im Safe ruhenden Effekten.

Meines Erachtens sind beide, sowohl der Deponent wie der Depositar unmittelbare Mitbesitzer der im Safe ruhenden Sachen, denn nur beide zusammen haben die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Safeinhalt.[1]) Ja, meines Erachtens ist sogar die tatsächliche Gewalt des Deponenten eine stärkere als diejenige des Depositars, denn der erstere kann in der Geschäftszeit stets über seine Papiere verfügen, und der Bankier muß ihm behilflich sein. Der Bankier dagegen ist, wenn er gelegentlich eine Kontrolle des Safe vornehmen will, an seinen Kunden gebunden, der nicht jeden Augenblick zu seiner Disposition steht und zu stehen braucht.

§ 9.

Besonderes über die Verwahrung von Aktien.

Es handelt sich hier vor allem um die Frage, ob der Bankier berechtigt ist, Aktien, die bei ihm deponiert sind,

[1]) Vgl. Hancke, Ist der Safevertrag Miets- oder Verwahrungsvertrag? (Deutsche Juristenzeitung 1900 Bd. 5 S. 389.) Cosack, a. a. O. Anm. zu § 100. Staub, a. a. O. Exkurs zu § 424. Wilutzky a. a. O. S. 294 spricht der Bank mittelbaren, dem Deponenten unmittelbaren Besitz zu.

in den Generalversammlungen zu vertreten. In der Praxis herrscht vielfach die Ansicht, daß dem Bankier dieses Recht bei einem Depot zur Verwaltung ohne weiteres zustehe. Man stützt sich vornehmlich darauf, daß die Vertretung von Aktien in Generalversammlungen zu den Verwaltungshandlungen zu zählen sei. Das ist meines Erachtens nicht richtig. Die Generalversammlung ist das vornehmste Organ der Aktiengesellschaft. Das Recht zur Teilnahme an derselben und zur Ausübung des Stimmrechts ist daher für den Aktionär ein sehr wichtiges, von dem manchmal das Wohl und Wehe des ganzen Unternehmens abhängt. Es kann nun kaum in den Intentionen der Parteien liegen, daß sie unter „Verwaltungshandlung" ein für allemal auch die Ausübung des Stimmrechts verstanden wissen wollen. Diese Ausübung muß um so mehr von der jedesmaligen Erteilung der Genehmigung abhängen, als die Tagesordnungen der Generalversammlungen so verschiedenartig sind, daß der Kunde auf sein Stimmrecht von vornherein und für alle Fälle bei einer gesunden normalen Verwaltung seiner Kapitalien gar nicht verzichten kann. Daß aber eine derartige Vertretung nicht unter die bereits oben[1]) erwähnten Verwaltungshandlungen fällt, ist überdies aus § 318 HGB. zu folgern, denn:

> „Wer die Aktien eines andern, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder zur Ausübung eines der in den §§ 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte benutzt, wird mit einer Geldstrafe von 10—30 M. für jede der Aktien, jedoch nicht unter 1000 M. bestraft".

Es ergibt sich also aus § 318 HGB., daß der Depositar, um die Vertretung von Aktien der Generalversammlung ausüben zu können, stets einer besonderen Genehmigung von seiten des Deponenten bedarf.

Ist dagegen der Deponent überhaupt nicht Eigentümer

[1]) Vgl. oben S. 22 ff.

der in Gewahrsam des Depositars liegenden Aktien, liegt beispielsweise ein depositum irregulare vor, so kann der Bankier die Aktien ohne weiteres zur Ausübung des Stimmrechts benutzen, denn dadurch, daß der Deponent dem Bankier das Recht gibt, sich die Aktien anzueignen, räumt er stillschweigend auch die an den Besitz der Aktien geknüpften Rechte ein, nämlich die Vertretung auszuüben[1]). Ist ferner der Deponent noch nicht Eigentümer geworden, hat etwa der Bankier als Kommissionär Eigentum an den gekauften Stücken noch nicht auf den Deponenten übertragen, so ist der Bankier noch rechtmäßiger Aktionär und kann als solcher seine Rechte geltend machen. Der bloße unmittelbare Besitz begründet aber jedenfalls noch nicht das Recht, Aktien in der Generalversammlung zu vertreten.

Was die Einwilligung des Deponenten angeht, so kann sie ganz allgemein sowohl mündlich wie schriftlich erteilt werden, es bedarf nicht für jeden speziellen Fall einer besonderen Genehmigung[2]), obwohl nicht zu verkennen ist, daß eine generelle Ermächtigung für den Aktionär schwere Nachteile im Gefolge haben kann. So würde etwa folgende Bestimmung, wie sie Banken öfter in ihre Geschäftsbedingungen aufnehmen, volle Gültigkeit haben: Die Bank ist ermächtigt, alle jeweils bei ihr im Depot liegenden Aktien in den betreffenden Generalversammlungen zur Ausübung des Stimmrechts zu benutzen. Die Ermächtigung gilt durch Unterzeichnung der Geschäftsbedingungen ein für allemal als erteilt und ist daher eine Einholung im Einzelfalle nicht notwendig. Doch braucht die Bank von der Ermächtigung keinen Gebrauch zu machen, wie es auch dem Unterzeichner freisteht, die erteilte Ermächtigung im einzelnen Falle durch rechtzeitige Benachrichtigung für wirkungslos zu erklären[3]).

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 144.

[2]) Ebenso Staub, a. a. O. Anm. 4 zu § 318.

[3]) Vgl. die Depot- und Geschäftsbeding. der Deutschen und Dresdner Bank.

Meines Erachtens steht auch eine derartig allgemein erteilte Einwilligung, selbst wenn der Kunde nicht Bankier ist, keineswegs im Widerspruch mit § 2 Abs. 1 des Depotgesetzes, denn da § 2 Abs. 1 lediglich zur Klarstellung der Eigentumsverhältnisse dient, diese aber bei der Ausübung des Stimmrechts in keiner Weise berührt werden, so kann darin eine „Verfügung zum Nutzen" der Bank nicht erblickt werden[1]). Da zur Ausübung des Stimmrechts in Generalversammlungen in der Regel die Deponierung der Aktien notwendig ist[2]), so wird man in der erteilten Einwilligung auch zugleich das Recht der Bank erblicken müssen, die Aktien bei der Depotstelle zu deponieren, überhaupt mit denselben so zu verfahren, wie es die betreffende Gesellschaft zur Ausübung des Stimmrechtes vorschreibt, natürlich im Rahmen eines ordentlichen Kaufmanns. Im Zweifel wird die Ermächtigung auch dahin auszulegen sein, daß die Bank die Aktien auf ihren eigenen Namen anmelden kann und nicht auf den des Kunden.

Abgesehen davon, daß zur Ausübung des Stimmrechts regelmäßig nur die Mäntel der Aktien deponiert werden, mithin Erwerb seitens eines Dritten ausgeschlossen ist, wird auch das Bankhaus durch die Deponierung niemals Eigentümerin der Aktien, denn zur Eigentumsübertragung ist neben der Übergabe der Sache auch die Einigung der Parteien erforderlich; die letztere aber liegt hier nicht vor. Durch die Deponierung der Aktien wird die Bank lediglich legitimiert, als Aktionärin in der Generalversammlung aufzutreten. Es liegt eine einfache Legitimationsübertragung vor, wie Staub treffend bemerkt[3]). Daß die Depotstelle kein Eigentum erlangt, bedarf keiner Erwähnung, auch ist ein Zurückbehaltungsrecht an den Papieren ausgeschlossen[4]).

[1]) Vgl. Motive zum Entwurf des Depotgesetzes S. 89. Anders Makower, Kommentar zum HGB. Bd. 1 § 318 Anm.

[2]) Vgl. HGB. § 255.

[3]) Vgl. Staub, a. a. O. Bd. I., § 222, Anm. 13.

[4]) Vgl. Entsch. d. RG., Bd. 11, S. 1.

Der Charakter der vor Deponierung der Aktien bestandenen Depotart bleibt unverändert weiter bestehen. Eine Rechtshandlung, durch welche die dinglichen oder obligatorischen Rechte des Kunden verletzt werden, wird also durch die Deponierung der Aktien zur Ausübung des Stimmrechts nicht hervorgerufen.

Staub[1]) will schon darin eine ausreichende Genehmigung erblicken, wenn ein Bankhaus, welches Aktien in Verwahrung hat, dem Deponenten mitteilt, es werde, wenn der Kunde Gegenseitiges nicht berichte, die Aktien zur Ausübung des Stimmrechts in Generalversammlungen benutzen. Meines Erachtens geht dies zu weit, denn in dem Schweigen des Kunden kann nicht immer eine Ermächtigung erblickt werden, da eine Pflicht zu antworten keineswegs besteht[2]).

Die Einwilligung muß vor Benutzung der Aktien erteilt sein, denn sonst würde im Gesetze Genehmigung stehen[3]). Einwilligung ist die dem Akt vorhergehende Zustimmung. Die Vertretung darf selbst dann nicht ausgeübt werden, wenn der Bankier sie in offenbarem Interesse seines Kunden vornimmt und in dem sicheren Glauben handelt, daß der Deponent bei Kenntnis der Sachlage seine Zustimmung und Billigung geben würde. Die nachträgliche Zustimmung kann höchstens die zivilrechtlichen Folgen beseitigen, nicht aber die strafrechtlichen.

Was die strafrechtliche Seite angeht, so kann sich der Pseudoaktionär abgesehen von § 318 HGB. unter Umständen eines Betruges schuldig machen. Indes wird darin, daß ein Nichtberechtigter fremde Korporationspapiere benutzt, um auf Grund derselben Mitgliedschaftsrechte auszuüben, eine Zueignung im Sinne des § 246 St.GB. nicht zu erblicken sein[4]). Wenn der Papierinhaber einen nur verhältnismäßig

[1]) Vgl. Staub, a. a. O., Bd. I, § 318 Anm. 4.
[2]) Ebenso Makower, a. a. O., Bd. I, § 318, Anm. e.
[3]) Vgl. § 183, 184 BGB.
[4]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 449.

geringfügigen Teil der Hauptleistung in sein Vermögen bringt, so wird bloßes widerrechtliches Gebrauchen, nicht Unterschlagung anzunehmen sein. Zivilrechtlich hat der Pseudoaktionär allen entstandenen Schaden zu ersetzen, soweit er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

Von praktischer Bedeutung kann noch die Frage werden, ob der Bankier als Pfandgläubiger verpflichtet ist, Aktien für den Verpfänder zur Ausübung des Stimmrechts bei der Hinterlegungsstelle zu deponieren. Staub[1]) bejaht die Frage, indem er darlegt, daß der Aktionär sich durch die Verpfändung nicht seines Stimmrechts begeben wolle. Meines Erachtens ist sie zu verneinen, denn der Pfandschuldner kann nach § 1218 BGB. die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen, wenn eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen ist. Eine wesentliche Minderung kann aber unter Umständen in der Ausübung des Stimmrechts liegen, so beispielsweise, wenn es sich in der Generalversammlung um die Umwandlung der Aktien in Prioritätsaktien handelt und der Verpfänder einen großen Posten Aktien der betreffenden Gesellschaft besitzt. Hier handelt es sich häufig um das Wohl und Wehe seiner Aktien, und der Kunde kann von dem Gläubiger die Herausgabe der Aktien gegen entsprechende Sicherheit verlangen, keineswegs aber ist der Gläubiger verpflichtet, die Aktien ohne Ersatzpfand zu deponieren, hierfür ist im Gesetz kein Anhalt gegeben.

§ 10.

Der Bankier als Kommissionär bei der Aufbewahrung fremder Wertpapiere.

Während bei den auf Grund eines Verwahrungs- oder Pfandvertrages zustande gekommenen Depotarten der Depo-

[1]) Vgl. Staub, a. a. O. Anm. 5 zu § 252. Siehe auch Entsch. d. OLG. Jena (Das Recht, Jahrg. 1903, S. 582).

nent vor Abschluß des Vertrages Eigentümer der Papiere war, gibt es auch Fälle, in denen er erst noch Eigentum erlangen muß. Dies wird namentlich bei den auf Grund eines Kommissionsvertrages entstandenen Depots der Fall sein.

Anläßlich eines Kommissionsvertrages kann der Bankier als Depositar in vier Fällen in Frage kommen, nämlich bei der Ein- und Verkaufskommission einerseits, bei der Kommission zum Umtausch von Wertpapieren oder zur Ausübung eines Bezugsrechtes andererseits.

I. Was zunächst die erste Kommission angeht, so liegt sie vor, wenn der Bankier von einem Kunden den Auftrag erhält, Wertpapiere für ihn zu kaufen. Diesen Auftrag kann der Bankier in doppelter Weise ausführen, entweder durch Kauf von einem Dritten für Rechnung des Kommittenten oder durch Selbsteintritt, sofern es sich um Wertpapiere handelt, bei denen ein Markt- oder Börsenpreis amtlich festgestellt ist und der Kommittent nichts Gegenteiliges bestimmt hat. Für den Regelfall ist anzunehmen, daß ein Privatkunde, der sich des Bankiers zum An- oder Verkauf von Wertpapieren bedient, nicht unmittelbar mit dem Bankier das Geschäft abschließen will, sondern daß er dem Bankier als seinem Vertrauensmann den Auftrag zur Wahrnehmung seiner (des Kunden) Interessen erteilt[1]). Auch der Bankier tritt in der Regel nicht selbst ein, es sei denn, daß er in seinen Geschäftsbedingungen generell die Klausel aufgenommen hat, er wolle stets als Selbstkontrahent eintreten, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt werde. Wie er nun den Auftrag ausführt, ist gleichgültig. Jedenfalls aber hat er in beiden Fällen für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen, er hat die Pflichten eines Beauftragten nach den §§ 665 ff. BGB. und §§ 384 ff. HGB. zu beobachten; er hat auf Verlangen des Kommittenten Rechen-

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 43 S. 110 ff. Ferner Entsch. d. RG. in Str. Bd. 34 S. 184. Ferner Entsch. d. ROHG. Bd. 22, S. 28.

schaft abzulegen und darzutun, daß er das Interesse des Kunden überall im Auge gehabt hat. Daß der Kommissionär bis zur Übernahme des Gutes, bzw. bis zur Verfügung über dasselbe seitens des Kommittenten diesem gegenüber die Pflichten und Befugnisse eines Verwahrers hat, ist vom Reichsoberhandelsgerichte ausdrücklich ausgesprochen[1]).

Übt der Kommissionär das Selbsteintrittsrecht aus, so ist er entweder bereits der Eigentümer der zu liefernden Papiere oder er muß sie sich zu eigen verschaffen. Doch auch bei Abschluß mit einem Dritten erwirbt er an der Kommissionsware zunächst selbst Eigentum[2]), denn „Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, in eigenem Namen für Rechnung eines anderen Waren oder Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen". Der Kommittent hat also bis zur Eigentumsübertragung seitens des Kommissionärs an ihn nur einen obligatorischen Anspruch auf Ausantwortung des Kommissionsgutes, so daß es dem Kommissionär bis dahin freisteht, die Ware wieder zu veräußern, wenn er nur in der Lage ist, sie jederzeit zu ersetzen. Indes kann bei individuell bestimmten Sachen die Absicht des Kommittenten auf unmittelbaren Eigentumserwerb durch den Einkaufskommissionär gehen.

Die Eigentumsübertragung von seiten des Kommissionärs kann nun geschehen entweder durch tatsächliche Auslieferung der gekauften Papiere an den Kommittenten, oder durch sog. constitutum possessorium, oder endlich durch Zession des Herausgabeanspruchs gegen den besitzenden Dritten (§ 931 BGB.). Sie vollzieht sich also nach bürgerlichem Recht, denn das Handelsgesetzbuch bestimmt darüber nichts; dahin geht auch folgende Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts: „Damit das bis dahin rein persönliche

[1]) Vgl. Entsch. d ROHG. Bd. 11, S. 11. Siehe auch Dernburg, a. a. O. Bd. 2, S. 499.

[2]) Vgl. Staub, a. a. O. Bd. 2 S. 1422. Siehe auch Dernburg, Bd. 2 S. 495. Ferner Entsch. d. RG. in Str. Bd. 2 S. 186, Bd. 34 S. 184.

Recht des Kommittenten in ein stärkeres Recht, insbesondere Eigentum, übergeht, muß ein tatsächliches Moment hinzukommen, welches, da das Handelsgesetzbuch nichts bestimmt, nach dem in dem betreffenden Lande geltenden bürgerlichem Recht geeignet ist, Besitz resp. Eigentum zu übertragen“[1]).

Vor Erlaß des Depotgesetzes konnte der Eigentumserwerb durch constitutum possessorium infolge der in den verschiedenen Rechtsgebieten geltenden bürgerlichen Rechte verschiedentlich vollzogen werden.

Nach preußischem Recht war hierzu die Absonderung und kenntliche Bezeichnung der Papiere sowie Willenserklärung des Besitzers, die Sachen nunmehr für den Kommittenten verwahren zu wollen, erforderlich (§§ 47 und 71 ALR. I. 7). Nach gemeinem Rechte genügte es, wenn der Kommissionär einen Akt vornahm, durch den er zu erkennen gab, die Sache für den Auftraggeber besitzen zu wollen, ohne einer speziellen Erklärung diesem gegenüber[2]).

Zur Vollziehung des constitutum possessorium nach BGB. ist erforderlich, daß zwischen dem die Sachen besitzenden Eigentümer und dem Erwerber eine Vereinbarung getroffen wird, nach welcher jener fortan für diesen zu besitzen verspricht. Einem solchen constitutum possessorium muß aber eine causa detentionis zugrunde liegen, d. h. es muß ein Rechtsverhältnis vereinbart werden, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Daß das Depotverhältnis ein solches begründet, besagt § 868 BGB., denn „besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)“. Zum constitutum

[1]) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 80.
[2]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. I S. 412.

possessorium genügt danach nicht ein einfacher Vermerk über den Abschluß des Geschäftes und den Einkauf generell bezeichneter Papiere in den Geschäftsbüchern des Kommissionärs, um den Besitzübergang darzutun, sondern es ist eine Spezialisierung erforderlich. Durch das constitutum possessorium wird der Kommittent Eigentümer, unterläßt dies der Kommissionär, so geht Eigentum nicht auf den Kommittenten über. In diesen Fällen konnte der Kommissionär vor Erlaß des Depotgesetzes nur im Wege der Klage vom Kommittenten zur Eigentumsübertragung gezwungen werden, was vielfach äußerst langwierig war. Hier hat das Depotgesetz Wandel geschaffen, indem es dem Einkaufskommissionär vorschreibt, bestimmte Handlungen vorzunehmen, wodurch eine beschleunigte Eigentumsübertragung bewirkt wird. Darüber soll im § 11 dieser Abhandlung gesprochen werden.

II. Für die Verkaufskommission dahingegen hat der Gesetzgeber keine bestimmte Normen vorgeschrieben. Eine besondere gesetzliche Regelung schien hier auch nicht notwendig, da im allgemeinen die zum Verkauf angestellten Papiere nicht lange im Gewahrsam des Bankiers bleiben. Denn entweder muß er sie bald an den Käufer abliefern[1]), oder er wird infolge Selbsteintritts Eigentümer. Manchmal werden freilich die von dem Kunden hingegebenen Papiere nicht sofort verkäuflich sein, sei es, weil der Auftrag limitiert erteilt wurde, also weil der Verkauf nicht unter einem bestimmten Kurs erfolgen sollte, sei es, weil überhaupt ein Käufer für ein bestimmtes Papier nicht am Platze war. In solchen Fällen können dann die Papiere oft noch wochen-, ja monatelang bei dem Bankier im Depot liegen. Es fragt sich, wer hier Eigentümer derselben ist. Meines Erachtens behält der Kunde so lange Eigentum an den Papieren, bis

[1]) Die Lieferung hat in der Regel am vierten Tage nach Abschluß des Geschäftes zu erfolgen.

der Verkauf perfekt geworden und das Eigentum auf den Käufer übertragen ist. Der Bankier muß demnach bis dahin die Papiere unter Beobachtung der Vorschriften des § 1 des Depotgesetzes verwahren[1]). Die Absicht der Parteien geht nicht dahin, zunächst Eigentum auf den Kommissionär zu übertragen und dann durch ihn als Eigentümer den Verkauf bewirken zu lassen. Denn sonst müßte stets, wenn etwa einige Effekten unverkäuflich wären, der Kommissionär erst wieder das Eigentum an den Kommittenten zurückübertragen. Auch aus der Tatsache, daß der Einkaufskommissionär zunächst Eigentümer der Effekten wird, läßt sich für die Verkaufskommission im Wege der Analogie nichts folgern, da der wirtschaftliche Zweck ein wesentlich anderer ist wie bei der Einkaufskommission. Denn hier ist die Möglichkeit des Bankiers, für den Kunden in Vorschuß zu treten, ausgeschlossen. Es wird daher auch für den Kommissionär ohne jedes Interesse sein, zunächst selbst Eigentum zu erwerben. Vielfach werden dem Bankier die zu verkaufenden Effekten auch erst nach Ausführung der Verkaufsorder zugesandt. Dadurch läßt sich eine Verwahrung durch den Kommissionär von vorneherein umgehen.

§ 11.

Die Eigentumsübertragung durch Übersendung des Stückeverzeichnisses.

Um eine schnellere Eigentumsübertragung zu bewirken und um dem Kommittenten eine bessere Geltendmachung seiner Eigentumsrechte zu ermöglichen, sind dem Kommissionär in den §§ 3 und 7 des Depotgesetzes bestimmte Vorschriften gegeben. Hiernach hat der Kommissionär die strikte Pflicht, dem Kommittenten die Nummern der gekauften Effekten anzuzeigen, und zwar innerhalb einer drei-

[1]) Vgl. Koref, a. a. O. S. 49.

tägigen Frist. Der Zeitpunkt, in dem diese Frist zu laufen beginnt, ist im Gesetze genau fixiert.

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder macht der Kommissionär bei der Ausführung einen Dritten namhaft, dann beginnt die Frist mit dem Erwerb der Stücke, oder er führt den Auftrag durch Selbsteintritt aus, dann wird die Frist gerechnet von dem Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte[1]). Bei der Berechnung der Fristen kommen die Vorschriften der §§ 186 ff. BGB. zur Anwendung.

Das Stückeverzeichnis muß eine genaue Spezialisierung der Papiere, also eine Bezeichnung nach Gattung, Nennwert, Nummern und sonstigen Unterscheidungsmerkmalen enthalten.

Bestritten ist, ob das Verzeichnis von dem Kommissionär unterschrieben sein muß. Riesser und Staub[2]) lehnen eine Unterzeichnung ab. In der Reichstagskommission[3]) wurde sie seinerzeit gefordert, andere[4]) sprechen sich für eine Unterzeichnung aus, wenn kein sonstiger Hinweis über die Herkunft vorhanden ist. Meines Erachtens ist die Ansicht der zuerst genannten Autoren die richtige. Im Gesetze ist zwar darüber keine Angabe gemacht, doch scheint die Rechtsvermutung für eine Nichtunterzeichnung zu sprechen. Denn durch die Nummernaufgabe sollte eine Erleichterung der Eigentumsübertragung herbeigeführt werden. Eine Unterzeichnung ist überdies rechtlich belanglos, da die Beweiskraft durch das Fehlen der Unterschrift nicht beeinträchtigt wird. Ein Hinweis auf den Aussteller ist außerdem auch wohl stets durch den Briefumschlag gegeben. Durch

[1]) Vgl. Depotgesetz § 3.

[2]) Vgl. Riesser, a. a. O. S. 48. Ferner Staub, a. a. O. § 383 Anm. 29.

[3]) Vgl. Stenographische Berichte a. a. O. S. 231.

[4]) Vgl. Adler a. a. O. S. 72.

die rechtmäßige Übersendung des Verzeichnisses geht das bisherige Eigentum des Kommissionärs auf den Kommittenten über. Damit stellt sich die Übersendung des Nummernverzeichnisses als eine neue, dem BGB. nicht bekannte Art der Eigentumübertragung dar und ist keineswegs zu identifizieren mit dem constitutum possessorium, wenngleich sie in der Regel mit diesem zusammenfällt. Die Eigentumsübertragung ist ein einseitiger, von dem Willen des Kommissionärs unabhängiger Akt, weil der Kommittent auf jeden Fall durch die Absendung des Verzeichnisses Eigentümer wird, gleichgiltig, ob der Wille des Kommissionärs darauf hinzielte oder nicht. Der Kommissionär kann unter Umständen auch Eigentum an Papieren übertragen, die er selbst nur mittelbar besitzt, so, wenn die Papiere noch bei dem Zentralbankier liegen, der Provinzialbankier aber bereits Eigentum durch Übersendung des Verzeichnisses erlangt hat[1]). Dies kann jedoch nur dann geschehen, wenn er mit einem Dritten abgeschlossen hat, nicht auch beim Selbsteintritt. Hier geht der Eigentumsübergang stets nach den Grundsätzen des Kaufs und der §§ 929 ff. BGB. und der §§ 366 HGB. vor sich. Durch die Pflicht der Absendung des Verzeichnisses ist der Kommissionär aber durchaus nicht gehalten, nun auch die Eigentumsübertragung auf diese Weise bewirken zu müssen. Er kann auch nach wie vor Eigentum schon früher übertragen. Das Gesetz will nur eine Verzögerung vermeiden und setzt daher einen äußersten Termin fest[2]). Er kann schon vermittelst des constitutum possessorium die Eigentumsübertragung bewirken, so wenn er die Stücke nicht nur tatsächlich für den Kommittenten abgesondert hat, sondern auch Anzeige von der erfolgten Absonderung gemacht hat[3]). Allerdings muß er hier ein Nummernverzeichnis nichtsdestoweniger absenden. Ebenso

[1]) Vgl. Staub, a. a. O. § 383 Anm. 30.
[2]) Vgl. Riesser a. a. O. S. 46.
[3]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 60.

muß der Kommissionär beim Selbsteintritt oder bei der Ausführung des Auftrags an ausländischer Börse das Stückeverzeichnis übersenden.

Was den Zeitpunkt der Verpflichtung des Bankiers zur Absendung des Verzeichnisses angeht, so hat der Kommissionär in dem Momente seiner Pflicht Genüge getan, wo er die Beförderung desselben an den Kommittenten vorgenommen hat, sei es durch Einwurf in einen Briefkasten, sei es durch Botenbestellung oder auf andere Weise.

Geht das Verzeichnis auf irgend eine Weise verloren, ohne daß der Kommittent es zu lesen bekommt, so treten trotzdem die Rechtsfolgen, die sich an die Absendung knüpfen, in Kraft; eine Mitwirkung seitens des Kommittenten ist eben nicht erforderlich.

Spätestens mit der Absendung des Verzeichnisses verliert der Kommissionär das Eigentum an den Stücken, und es greifen von da ab die Vorschriften des § 1 des Depotgesetzes Platz. Er hat also dementsprechend die Papiere ordnungsmäßig zu verwahren.

Da ein unvollständiges und ungenaues Verzeichnis ein vorschriftsmäßiges nicht ersetzen kann, so ist der Kommissionär in einem solchen Falle zu einem neuen, fehlerfreien verpflichtet[1]).

§ 12.

Rechtsfolgen der Nichtübersendung des Stückeverzeichnisses und Verzicht auf die Übersendung.

Kommt der Kommissionär seiner Pflicht, das Stückeverzeichnis abzusenden, nicht nach, ohne davon rechtlich entbunden zu sein, so treffen ihn bestimmte Rechtsnachteile[2]). Es kommen die Vorschriften des § 4 des Depotgesetzes

[1]) Vgl. Entsch. d. RG., Bd. 48, S. 8 ff.

[2]) Vgl. BGB. § 284 ff. und § 326.

zur Anwendung. Ist der Kommissionär im Verzuge, so berechtigt dies den Kontrahenten noch nicht ohne weiteres zum Rücktritt, sondern es wird dem säumigen Kommissionär durch Aufforderung zur Nachholung seiner Pflicht eine Nachfrist mit festem Endtermin gesetzt. Ist auch diese, gleichfalls drei Tage umfassende Frist verstrichen, ohne daß der Kommissionär erfüllt hat, so hat der Kommittent das Rücktrittsrecht. Er kann also das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Doch erlischt dieses Recht, wenn es nicht innerhalb drei Tagen geltend gemacht wird[1]). Der Kommittent hat dem Kommissionär mitzuteilen, daß er von dem ihm nach § 4 Abs. 1 des Depotgesetzes zustehenden Rechte Gebrauch mache. Dieses ordnungsmäßig erworbene Rücktrittsrecht besteht auch dann zu Recht, wenn der Kommissionär das Verzeichnis nachträglich, also nach Ablauf der Nachholungsfrist, absendet, obgleich der Kommittent seinen Rücktritt noch nicht erklärt hat. Ist das Rücktrittsrecht des Kommittenten infolge Versäumnis erloschen, so kann der Kunde dem Kommissionär von neuem zur Übersendung des Verzeichnisses auffordern mit den Folgen, die bereits oben wiedergegeben sind.

Die Zusendung des Verzeichnisses kann unterbleiben, wenn der Kommissionär die Stücke an seinen Kommittenten aushändigt oder der Kommittent einen Auftrag zur Weiterveräußerung erteilt hat. Da in beiden Fällen ein Grund, den Kunden zu schützen, nicht vorliegt, so sieht das Gesetz von einer Eigentumsübertragung ab, um nicht unnötig eine Erschwerung des Geschäftsverkehrs herbeizuführen. Doch sind die vorbezeichneten Handlungen an die dreitägige Frist gebunden. Die Pflicht zur Übersendung des Nummernverzeichnisses fällt auch dann fort, wenn der Kommittent bei jedem einzelnen Auftrag ausdrücklich und

[1]) Vgl. Entsch. d. RG., Bd. 48, S. 7.

schriftlich[1]) auf die Zusendung des Nummernverzeichnisses verzichtet. Der gewerbsmäßig Bank- und Geldwechslergeschäfte betreibende Kommittent kann ganz allgemein für alle Geschäfte und in jeder Form, also mündlich oder schriftlich, auch stillschweigend, auf das Verzeichnis verzichten.

Keinen Grund zur Nichtübersendung bildet der Leistungsverzug des Kommittenten, sowie eine Stundung, die der Kommissionär hinsichtlich des Kaufpreises gewährt.

Was den vorschriftsmäßig erklärten Verzicht des Kommittenten angeht, so ist in der Literatur bestritten, ob damit der Kommittent auf den Eigentumserwerb überhaupt verzichten wolle oder nur auf diese Art der Eigentumsübertragung. Riesser[2]) als Hauptvertreter derer, die in dem Verzicht des Kunden auf das Stückeverzeichnis auch einen solchen auf Eigentumsübertragung überhaupt erblicken wollen, stützt seine Ansicht unter anderm darauf, daß der Bankier häufig für den Kunden in Vorschuß trete und somit bestimmte Summen Geldes festlege, ohne sich der Papiere zur Kreditbeschaffung bedienen zu können. Hier könnte es doch nur in dem Willen beider Parteien liegen, dem Kommissionär bei Verzicht des Kommittenten auf das Verzeichnis auch das Eigentum zu belassen. Diese Vermutung für den Willen des Kommittenten scheint mir bedenklich, so beispielsweise, wenn ein zahlungsfähiger Kunde, der augenblicklich nicht die nötigen Gelder flüssig hat und daher den Bankier zum Ankauf eines Postens von Papieren um Vorschuß angeht. Im Gegenteil! Jeder Kommittent, der beim Kauf von Effekten auf Nummernaufgabe verzichtet, würde beim Konkurs des Kommissionärs erstaunt sein, daß er nicht Eigentümer der gekauften Papiere geworden ist. Wie schon wiederholt hervorgehoben wurde, dient das Gesetz zum Schutze des Kunden, nicht des Bankiers. Der Kommissionär ist in der Regel der wirtschaftlich Stärkere,

[1]) Vgl. darüber oben § 5.

[2]) Vgl. Riesser, a. a. O. S. 54. Siehe auch Lusensky, a. a. O. S. 75.

sicherlich der Geschäftskundigere. Darum liegt auch kein Grund vor, dem letzteren hier besondere Vorteile zuzuwenden. Das Gesetz wollte eine Einschränkung, nicht eine Ausdehnung der deposita irregularia. Überdies kann sich der Kommissionär auch vollkommen schadlos halten. Denn er hat nach den §§ 397 ff. HGB. ein gesetzliches Pfandrecht am Kommissionsgute und hat es auch jederzeit in seiner Hand, für seinen Kunden nicht zu weit in Vorschuß zu gehen, und die Praxis lehrt, daß hier mit der peinlichsten Sorgfalt vorgegangen wird. Für den geleisteten Vorschuß muß der Kunde einen weit höheren Zins zahlen, wenn er Eigentum an den Papieren behalten will, während dem Kommittenten, der auf seine Eigentumsrechte verzichtet, weit günstigere Bedingungen gewährt werden. Meines Erachtens sind diese Sicherheiten für einen ordentlichen Bankier völlig ausreichend.

Richtig ist meines Erachtens die Ansicht Staubs, daß der Kunde durch Verzicht auf das Stückeverzeichnis nur den Anspruch auf diese Art der Eigentumsübertragung aufgeben will, denn der Zweck des Gesetzes zielt auf den Schutz des Kommittenten. Es liegt kein Grund vor, hier dem vom Gesetzgeber gebrauchten Worte „ausdrücklich“ eine engere Auslegung zu geben, wie im § 2 des Depotgesetzes. Ohne zwingenden Grund wird man auch nicht annehmen können, daß der Gesetzgeber den in beiden Paragraphen gleich angewandten Worten eine verschiedene Bedeutung hat beilegen wollen; im übrigen ist im einzelnen Falle nach dem Willen der Parteien zu entscheiden.

§ 13.

Der Bankier als Kommissionär beim Umtausch oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes von vertretbaren Wertpapieren.

Auch durch die Kommission zum Umtausch von Wertpapieren oder zur Ausübung von Bezugsrechten kann ein Depotverhältnis begründet werden. Wenngleich diese

Handlungen sich auf die Ein- und Verkaufskommission zurückführen lassen, so sind sie dennoch im Depotgesetz besonders geregelt, und wohl mit Recht, denn es bestehen mancherlei Verschiedenheiten zwischen diesen und den vorgenannten Kommissionsgeschäften.

Der Kommissionär kann zur Vornahme dieser Handlungen ermächtigt sein, entweder kraft eines besonderen Auftrags oder durch Abschluß eines Depots zur Verwaltung, er kann ferner bereits Besitzer der in Frage kommenden Papiere sein oder sie sich erst noch übergeben lassen. Wesentlich ist, daß eine tatsächliche Kommission vorliegt. Handelt der Bankier lediglich als Vertreter des Eigentümers, ohne ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen abzuschließen, wie beispielsweise beim Umtausch beschädigter Stücke gegen neue, beim Umtausch von Interimsscheinen gegen definitive Stücke, so kommen die Vorschriften des § 5 des Depotgesetzes nicht zur Anwendung, weil hier kein Anschaffungsgeschäft vorliegt und der Vertreter unmittelbar für den Vertretenen Eigentum erwirbt.

Was die Eigentumsfrage anlangt, so bleibt meines Erachtens der Kommittent Eigentümer der hingegebenen Stücke so lange, bis der Kommissionär den Umtausch vorgenommen hat. An den neuen eingetauschten Stücken erlangt zunächst der Kommissionär Eigentum und muß dies durch einen besonderen Akt auf den Kommittenten übertragen. Dies ergibt sich einmal aus der Begründung zum Depotgesetze[1]), dann aber auch daraus, daß die Umtauschkommission sich als eine Kombination der Ein- und Verkaufskommission darstellt. Wenn wir nun für die Einkaufskommission einen besonderen Eigentumsübertragungsakt annahmen, so müssen wir dies konsequenterweise auch hier fordern. Weiterhin scheint aber auch der § 7 des Depotgesetzes für unsere Auslegung zu sprechen, denn wenn man der Anschauung des Reichs-

[1]) Vgl. Stenogr. Berichte a. a. O. S. 70 ff.

gerichts[1]), wonach der Kommittent sofort mit dem Zeitpunkte des Umtausches Eigentümer der neuen Stücke wird, beipflichten wollte, so würde die Bestimmung zu § 7, daß durch das Stückeverzeichnis auch das Eigentum, soweit es nicht schon früher nach bürgerlichem Rechte geschehen ist, übertragen werde, illusorisch sein, da doch der Kommittent mit dem Umtausch der Stücke, also vor Absendung des Verzeichnisses, stets bereits Eigentümer geworden ist. Das Stückverzeichnis wäre also lediglich ein Beweismittel, und der genannte Paragraph hätte die Eigentumsübertragung gänzlich außer acht lassen können.

Auch bei der Ausübung des Bezugsrechts bleibt der Kommittent Eigentümer der hingegebenen alten Aktien, ja selbst dann, wenn die Papiere, wie dies in der Regel nötig ist, an einen Dritten weitergegeben werden. Das frühere Depotverhältnis lebt bei der Rückerstattung der weitergegebenen Effekten von selbst wieder auf. Eine Eigentumsübertragung seitens des Kommissionärs auf den Kommittenten ist nur bei den neu bezogenen Stücken erforderlich, sie geht ebenso wie bei der Umtauschkommission vor sich. Ein Selbsteintrittsrecht nach § 400, Abs. 1 HGB. ist dem Kommissionär meines Erachtens beim Umtausch von Wertpapieren nicht gegeben, weil ein Börsenpreis nicht notiert wird, wohl aber bei der Ausübung des Bezugsrechts, was freilich auch selten vorkommen dürfte.

Hinsichtlich der sonstigen Vorschriften der §§ 5 und 6 des Depotgesetzes ist folgendes hervorzuheben. Zunächst hat der Kommissionär innerhalb zwei Wochen nach Empfang der neuen Stücke seinem Auftraggeber ein Verzeichnis mit Angabe des Nennwertes der Nummern und sonstiger Unterscheidungsmerkmale zuzustellen. Der Gesetzgeber hat hier eine längere Frist wie bei der Einkaufskommission eingeräumt, weil diese Geschäfte in der Praxis in der Regel nicht so schnell bewerkstelligt werden können.

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 33, S. 105 ff.

Die Übersendung des Stückeverzeichnisses kann unterbleiben, wenn der Kommissionär die Stücke vor Ablauf der vierzehntägigen Frist an den Kommittenten aushändigt und auch — dies ist analog den Bestimmungen über die Einkaufskommission anzunehmen — dann, wenn eine Weiterveräußerung in dem vorgenannten Zeitraum stattfindet, weil hier das Verzeichnis für den Kunden bedeutungslos sein würde[1]). Das Gesetz schweigt freilich über diesen Fall. Die Rechtsnachteile, die den Kommissionär bei Nichterfüllung seiner Pflicht hinsichtlich der Absendung des Nummernverzeichnisses treffen, sind wesentlich geringer als bei dem im § 3 des Depotgesetzes geregelten Fall. Ein Rücktrittsrecht hat der Kommittent nicht, wohl aber kann er bei nicht ordnungsmäßiger Absendung des Verzeichnisses dem Kommissionär die Provision vorenthalten. Eine Zurückweisung des Geschäftes durch den Kommittenten wäre stets zu seinem eigenen Nachteil, vielfach auch praktisch unausführbar. Den Anspruch auf Provision verliert der Kommissionär ohne weiteres, wenn er im Verzuge ist, eine Nachholungsfrist braucht ihm der Kommittent nicht zu setzen.

Ob ein ordnungsmäßiger Verzicht auf das Verzeichnis stattfinden kann, darüber gibt das Gesetz keine Auskunft. Da indes der Verzicht bei der Einkaufskommission gestattet ist und § 5 keine zwingende Vorschrift gibt, so wird meines Erachtens auch hier einem ordnungsmäßigen Verzicht auf das Verzeichnis nichts im Wege stehen. Auch scheint eine besondere Form nicht erforderlich, sondern sie kann allgemein analog der beim gegenseitigen Verkehr der Bankiers üblichen erteilt werden[2]). Denn da in unserer Gesetzgebung das Prinzip der Formfreiheit herrscht, so würde der Gesetzgeber bei Abweichung eine Vorschrift sicher erlassen haben. Mit Recht hebt Adler[3]) hervor, daß der Gesetzgeber sich im

[1]) Vgl. Lusensky, a. a. O. S. 71. Ferner Riesser, a. a. O. S. 65.
[2]) Vgl. Koref, a. a. O. S. 50. Ferner Riesser, a. a. O. S. 64.
[3]) Vgl. Adler, a. a. O. S. 88.

beigeführt, er hat jetzt nicht mehr ein Pfandrecht wegen „aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften[1]), sondern er ist lediglich auf ein Pfandrecht konnexer Forderungen angewiesen, sofern ihm die Papiere als fremde bezeichnet wurden.

Die Mitteilungspflicht erlischt, wenn der erste Kommittent ordnungsmäßig auf sein Eigentumsrecht verzichtet. Wird also dem ersten Bankier von seinem Kommittenten eine Ermächtigung im Sinne des § 2 des Depotgesetzes erteilt, hat er mit anderen Worten das Recht, an Stelle der hinterlegten oder verpfändeten Wertpapiere gleichartige derselben Art und Güte zurückzugewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, so ist er von der Mitteilungspflicht entbunden, denn da der erste Kommissionär, wie wir oben ausführten, durch eine derartige Ermächtigung stets Eigentümer wird, so kann folgerichtig auch von fremden Papieren nicht mehr die Rede sein[2]).

Macht der Verkaufkommissionär von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch, so fällt die Erklärung, daß die Papiere fremde seien, gleichfalls fort, weil er bereits vor der Weitergabe der Stücke Eigentümer geworden ist. Das gleiche gilt von dem Einkaufskommissionär, wenn er seinen Selbsteintritt vor Ausführung des Geschäfts durch den Dritten, sei es generell, sei es speziell, bekannt gibt. Auch hier kann ja von der Weitergabe eines Auftrages nicht gesprochen werden, da der erste Bankier von dem Dritten in eigenem Namen und für eigene Rechnung kauft[3]). Handelt dagegen der erste Kommissionär (Lokalbankier) dem zweiten (Zentralbankier) gegenüber in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung, so liegt die Weitergabe einer Einkaufskommission vor und es greifen die Bestimmungen des § 8 Abs. 1, Satz 2 des Depotgesetzes Platz.

[1]) Vgl. HGB., § 397.
[2]) Anders Adler, a. a. O., S. 118.
[3]) Vgl. Staub, a. a. O., § 400, Anm. 31.

Ob die Vorschriften des § 8 auch dann zu befolgen sind, wenn der zweite Kommissionär ein ausländischer Bankier ist, — ein Fall, der in praxi häufig vorkommt — ist, da der Fall im Gesetze nicht vorgesehen ist, bestritten. Riesser[1]) und andere sind der Ansicht, daß die Bestimmungen des § 8 anzuwenden seien. Von Pechmann verneint es, ohne allerdings Gründe dafür ins Feld zu führen[2]). Es bedarf gar keiner Erörterung, daß der deutsche Gesetzgeber weder Vorschriften für das Ausland geben konnte, noch wollte, aber hieraus den Schluß zu ziehen, daß nun die Bestimmungen des § 8 auch für den deutschen Bankier wirkungslos seien, ist meines Erachtens zu weitgehend. Das deutsche Gesetz gilt für den deutschen Bankier, gleichgültig, ob er sich zur Ausführung seines Auftrags eines inländischen oder ausländischen Bankiers bedient. Gleichgiltig ist auch, ob die Mitteilung im Auslande den beabsichtigten Zweck erreicht und der dortige Bankier die Papiere tatsächlich als fremde behandelt. Der Gesetzgeber wollte lediglich durch die Mitteilung des § 8 das dem Empfänger derselben nach deutschem Rechte zustehende Pfandrecht einengen. Ob das ausländische Recht daran verschiedene Rechtswirkungen knüpft, war nicht maßgebend, immerhin muß damit gerechnet werden, daß auch im Ausland analoge Bestimmungen vorhanden sind.

Die Mitteilung, daß die übergebenen Papiere fremde seien, oder daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe, kann formlos geschehen, nur muß die Absicht der Parteien klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht werden. Auch eine Erklärung wie „in Kommission“ wird genügen, wenn sich aus den näheren Umständen ergibt, daß damit die Vorschrift des § 8 erfüllt sein soll[3]). In der

[1]) Vgl. Riesser, a. a. O., S. 74. Siehe auch Lusensky, a. a. O., S. 95.

[2]) Vgl. v. Pechmann, a. a. O., S. 42.

[3]) Vgl. Riesser, a. a. O. S. 76. Siehe auch Adler, a. a. O. S. 122.

Praxis pflegt man diese Bezeichnung wohl ausschließlich anzuwenden, und sie wird dort auch überall in der richtigen Weise verstanden.

Es liegt auf der Hand, daß der Zentralbankier durch die Bestimmungen des § 8 des Depotgesetzes sich in einer recht schwierigen Lage befindet. Zwar ist ihm ein beschränktes Pfand- und Retentionsrecht an den übergebenen oder an den neubeschafften Papieren gegeben. Aber dieses Recht entsprechend den Gesetzesvorschriften auszuüben, ist nicht so leicht, ja meistens unmöglich. Dem Provinzialbankier müßte für jeden als fremd bezeichneten Bestand von Wertpapieren ein eigenes Konto eröffnet, auch müßte eine gleiche, diesen Depotkonten entsprechende Anzahl Geldkonti angelegt werden. Die Anlegung solcher Konten wäre aber nur dann zweckentsprechend, wenn ihre Anzahl gleich der Kundenzahl des Lokalbankiers wäre, deren Wertpapiere in Gewahrsam des Zentralbankiers gelangten. Daß bei der Durchführung einer derartigen Einrichtung erhebliche Schwierigkeiten unvermeidlich sind, ist ohne weiteres klar, ganz abgesehen von einer notwendigen Arbeitsvermehrung. Dem Lokalbankier wird es nicht verübelt werden können, wenn er Bedenken trägt, die Namen seiner Kundschaft dem Zentralbankier mitzuteilen, weil er dadurch unter Umständen seine Kunden selbst dem hauptstädtischen Bankier ausliefert, auch müssen die sog. Sammelaufträge, bei denen verschiedene Aufträge derselben Papiere in einer Order zusammengefaßt sind, notwendig Komplikationen im Gefolge haben. Das gleiche gilt von den korrespondierenden Geldkonten. Um all diesen Schwierigkeiten zu entgehen, mußte man neue Auswege ersinnen, die dem Gesetze Genüge leisteten, ohne den Geschäftsverkehr zu sehr zu beeinträchtigen. Was das Gesetz nicht vorgesehen, mußte die Praxis ergänzen. In der Tat haben sich hier denn auch bald nach Erlaß des Depotgesetzes zwei besondere Depotarten gebildet. Bereits am 21. Juli 1896 wurde von dem

Verein Berliner Banken und Bankiers der Beschluß gefaßt, im laufenden Geschäfte nicht mehr als zwei Depotkonten anzulegen, und zwar das eine Konto A, das zur Kreditunterlage dient und an dessen Effekten der Kommissionär ein unbeschränktes Pfandrecht haben sollte, das zweite Konto B dagegen für diejenigen Wertpapiere, die gemäß § 8 des Depotgesetzes als fremde bezeichnet würden. Die Kundschaft aber sollte benachrichtigt werden, daß dieses zweite Depot nicht geeignet sei, im laufenden Geschäfte als Kreditunterlage zu dienen, und zwar auch nicht für Forderungen, die aus den einzelnen Geschäften speziell über diese fremden Wertpapiere herrühren[1]).

Durch diesen Beschluß ist der Lokalbankier hinsichtlich der Kreditbeschaffung in eine recht schwierige Lage gebracht, kein wunder nimmt es daher, wenn dieser nun seinerseits sich eine Ermächtigung im Sinne des § 2 von seinem Kommittenten stets geben läßt. Hierdurch ist aber ein Hauptzweck des Gesetzes, nämlich die regulären Depots zu vermehren, dem depositum irregulare aber engere und schärfere Grenzen zu ziehen, verfehlt.

Durch die Mitteilung des Lokalbankiers an den Zentralbankier, daß die übergebenen Papiere fremde seien oder daß die Anschaffung von solchen für fremde Rechnung geschehe, wird das Eigentum für den ersten Auftraggeber gesichert, nichtsdestoweniger hat der Lokalbankier über die Papiere ein Dispositionsrecht. Das Reichsgericht verneint allerdings die volle Verfügungsgewalt des Kommissionärs[2]). Doch ist meines Erachtens praktisch diese Entscheidung von geringem Wert, allerdings darf der Kommissionär Verfügungen nur im Auftrage seines Kommittenten vornehmen. Ob er aber einen solchen Auftrag hat, wird der Zentralbankier nicht entscheiden können, denn eine Untersuchung

[1]) Vgl. Riesser, a. a. O. Bem. zu § 8.
[2]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 31.

hierüber liegt ihm nach genannter Entscheidung nicht ob. Er muß daher annehmen, daß die Verfügungen des Lokalbankiers berechtigte seien. Papiere, an denen ihm Forderungen nicht mehr zustehen, hat der Zentralbankier auf Verlangen an den Lokalbankier auszuhändigen[1]). Dahingegen ist nach der zitierten Entscheidung eine Veräußerung der Papiere ohne weiteres nicht statthaft und ebenso ist eine Übertragung der Papiere von Konto B auf A untersagt. Hier soll der Zentralbankier zunächst prüfen. Aber wird denn der Zentralbankier eine derartige Prüfung so leicht vornehmen können und kann nicht andererseits der Lokalbankier die genannten Fälle in denkbar einfacher Weise umgehen? Er kann sich zunächst die Papiere von Konto B aushändigen lassen und dann auf Konto A wieder einliefern, wodurch er das freie Verfügungsrecht erlangt. Die Möglichkeit einer derartigen Manipulation gibt auch das Reichsgericht zu. Der Zentralbankier wird demnach in dieser Hinsicht wenig zum Schutze des Publikums tun können, da er wohl stets redlicherweise annehmen kann, daß der Lokalbankier berechtigte Handlungen vornimmt[2]). Ja, er muß meines Erachtens sogar den Lokalbankier zu allen Handlungen über die Papiere befugt halten, wenn anders man nicht die Grundsätze von Treu und Glauben im Handelsverkehr völlig untergraben will. Würde der Zentralbankier die Aufträge seines Geschäftsfreundes bezüglich der als fremd bezeichneten Papiere zurückweisen, weil sie ihm verdächtig erscheinen, so würde er dadurch den Lokalbankier als Betrüger charakterisieren; die Folgen einer solchen Handlungsweise bedürfen keiner Erörterung. Sicherlich würde es nicht zur Vermehrung seiner Kundschaft beitragen.

Hinsichtlich des Aussonderungsrechtes des Kommittenten im Falle des Konkurses des Lokalbankiers ist verschiedenes

[1]) Ebenso RG. Bd. 41 S. 31.
[2]) Vgl. Lusensky, a. a. O. S. 90.

zu berücksichtigen. Hat der Zentralbankier die ihm zum Verkauf oder sonstigen Zwecke übergebenen Wertpapiere noch im Depot, so kann der Kunde des Lokalbankiers als Eigentümer im Falle des Konkurses des letzteren dieselben vindizieren, er kann seine Eigentumsrechte auf Grund des § 985 BGB. oder des § 392 HGB. direkt gegen den Zentralbankier geltend machen. Das gleiche gilt von der Einkaufskommission, wenn der Eigentumsübertragungsakt von seiten des Zentralbankiers auf den Lokalbankier noch nicht erfolgt ist; auch in diesem Falle kann der Kommittent beim Konkurse des Zwischenbankiers verlangen, daß das Eigentum an den Papieren direkt auf ihn übertragen werde, „denn Forderungen aus einem Kommissionsgeschäfte, selbst nicht abgetretene, gelten im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten“[1]).

Hat indes der Zentralbankier als Verkaufskommissionär die Papiere bereits verkauft und den erzielten Erlös an den Lokalbankier ausgezahlt, so kann der Kunde, da er ein Eigentumsrecht nicht mehr hat, nur als Konkursgläubiger auftreten, er ist also lediglich auf die Konkursdividende angewiesen.

Wurde dagegen der Kaufpreis für die verkauften Effekten noch nicht vom Zentralbankier an den Lokalbankier gezahlt, so hat der Kunde einen Anspruch an die Konkursmasse auf Abtretung der Kaufpreisforderung an den Zentralbankier. Zweifelhaft ist es, ob der Zentralbankier in diesem Falle eine Aufrechnung vornehmen kann für solche Forderungen, die ihm gegen den Lokalbankier zustehen. Das Reichsgericht[2]) bejaht die Frage. Nach seiner Ansicht dient § 392 Abs. 2 dazu, eine Befriedigung der anderen Gläubiger des Kommissionärs, der Schuldner des Kommittenten aus dem

[1]) Vgl. HGB., § 392, Abs. 2.

[2]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 41 ff. Siehe auch Riesser, a. a. O., Bem. zu § 8.

Mandate ist, aus der nachstehenden Forderung des Kommissionärs, die materiell nicht zu dessen Vermögen gehört, zum Nachteile des Kommittenten zu verhindern. Mit Recht führt meines Erachtens Cosack[1]) aus, daß der Dritte nicht aufrechnen kann. An sich ist der Kommissionär Herr der Forderung; er allein kann sie z. B. einklagen, wenn er sie nicht an seinen Kommittenten abgetreten hat. Im Interesse des Kommittenten gelten aber gemäß § 392 Abs. 2 HGB. solche Forderungen, auch wenn sie dem Kommittenten nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen Kommittent und Kommissionär oder dessen Gläubigern (z. B. des Zentralbankiers) als Forderungen des Kommittenten. Daraus folgt zunächst, daß im Konkurse des Kommissionärs die Forderung ausgesondert werden muß. Weiter ergibt sich, daß ein Gläubiger des Komissionärs (etwa der Zentralbankier, der Schuldner der Forderung ist) eine eigene ihm gegen den Kommissionär zustehende Forderung nicht gegen die Forderung des Kommissionärs aufrechnen kann. Dazu führen die folgenden Erwägungen: Die Forderung, die der Kommissionär an den Zentralbankier hat, gilt im Verhältnis des Kommissionärs und dessen Gläubigern als Forderung des Kommittenten. Hat also der Zentralbankier auch eine Forderung an den Kommissionär, so ist er dessen Gläubiger und würde — die Gleichartigkeit der beiden Forderungen vorausgesetzt — sich an die Forderung halten können, die dem Kommissionär gegen ihn — den Zentralbankier — zusteht. Das aber will § 392 Abs. 2 verhindern, indem die Forderung in einem solchen Falle bereits als abgetreten gilt. Der Zentralbankier würde also wohl Gläubiger des Kommissionärs sein, der Kommissionär aber nicht Gläubiger des Zentralbankiers; in einem solchen Falle würde vielmehr der Kommittent Gläubiger sein. Es leuchtet ein, daß der

[1]) Vgl. Cosack, a. a. O., Anm. 10 b zu § 43. Siehe auch Dernburg, a. a. O., Bd. 1 S. 497.

Zentralbankier nicht gegen eine Forderung aufrechnen kann, die seinem Schuldner (dem Kommissionär) gar nicht zusteht; ausgenommen sind hier nur die im § 3 genannten konnexen Forderungen, die gleichsam an der aus dem Auftrag entstandenen Forderung kleben. Diese kann natürlich der Zentralbankier aufrechnen.

Ist endlich bei der Einkaufskommission von dem Zentralbankier bereits das Eigentum an den angeschafften Papieren auf den Lokalbankier übertragen und hat dieser den Eigentumsübertragungsakt, sei es durch Absendung des Verzeichnisses oder sonstwie an seinen Kunden bewirkt, so steht dem letzteren als rechtmäßigem Eigentümer ein Herausgabeanspruch gegen den Bankier zu. Wurde dagegen die Eigentumsübertragung nicht weiter an den Kommittenten von seiten des Lokalbankiers vollzogen, so ist auch der Lokalbankier Eigentümer geblieben, und die Papiere fallen mit in die Konkursmasse.

C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.